

DE LEGISLADOR NEGATIVO A LEGISLADOR POSITIVO: as sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade brasileiro

José Emílio Medauar Ommati*

Neste texto, pretendo discutir as chamadas sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade brasileiro. Para tanto, discutirei a tese do “legislador negativo” utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em várias de suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade, demonstrando o equívoco dessa posição em termos de democracia constitucional (I). A seguir, passarei a explicar sobre a origem das sentenças intermediárias, suas modalidades e como tais técnicas de decisão em controle de constitucionalidade chegaram ao Brasil, apresentando críticas que entendo ser pertinentes a essas técnicas em face do sistema democrático-constitucional brasileiro (II).

I

De acordo com a sistemática constitucional brasileira de controle de constitucionalidade, a defesa da Constituição pode ser feita tanto na modalidade difusa quanto concentrada. Pela via difusa, qualquer juiz ou tribunal, se provocado em um procedimento jurisdicional, deverá declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Tal declaração apresentará efeitos *inter partes* e *ex tunc*, é dizer, tal

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFM, Professor Adjunto IV de Teoria da Constituição, Direito Constitucional e Hermenêutica da PUC Minas – Campus Serro (MG), foi Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas Serro, MG (2009-2014).

decisão valerá apenas para as partes que realizaram o debate processual e de modo retroativo, pois se entende, seguindo-se a tradição norte-americana, que uma norma inconstitucional é uma contradição em termos, sendo, portanto, nula, irrita, incapaz de gerar efeitos jurídicos.¹

Já pela via concentrada, que é a que mais vai nos interessar neste trabalho, há a criação de um órgão específico para a defesa da Constituição. Esse órgão recebe nomes diversos dependendo do ordenamento jurídico, podendo ser encontrado como mais comuns as denominações de Corte ou Tribunal Constitucional. Essa via concentrada chega ao Brasil através da Emenda Constitucional 16/65 que introduziu a representação de inconstitucionalidade, ação cuja única titularidade era dada ao Procurador-Geral da República que poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de uma norma em face da Constituição.²

Com a introdução da representação de inconstitucionalidade, o STF teve que discutir os efeitos que a decisão de inconstitucionalidade nessa ação teria no caso brasileiro. Para os Ministros do Tribunal, como a decisão seria proveniente de uma ação abstrata, era óbvio que a decisão deveria ter efeitos gerais, *erga omnes*. A questão espinhosa que deveria ser tomada era quanto aos efeitos temporais da decisão, ou seja, o Brasil adotaria o modelo europeu puro, com a decisão *ex nunc*, ou obedeceria a já relativamente longa tradição constitucional brasileira de se entender a inconstitucionalidade como nulidade absoluta, decidindo-se, destarte, por um efeito retroativo, isto é, *ex tunc*?

O Supremo Tribunal Federal, corretamente, acabou por decidir pela manutenção da tese da nulidade da norma inconstitucional, mesmo no critério concentrado, até para a maior proteção do texto constitucional e em face da tradição brasileira de controle difuso de constitucionalidade, fundada com a Constituição de 1891.³

E esse entendimento continuou com a promulgação da Constituição de 1988, como se vê a partir da seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Controle Normativo Abstrato – Natureza do Ato Inconstitucional – Declaração de Inconstitucionalidade – Eficácia Retroativa – O Supremo Tribunal Federal como Legislador Negativo – Revogação Superveniente do Ato Normativo Impugnado – Prerrogativa Institucional do Poder Público – Ausência de Efeitos Residuais concretos. Prejudicialidade.

¹ Nesse sentido, dentre tantos, vide: OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015.

² OMMATI, José Emílio Medauar, op. cit.

³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; OMMATI, José Emílio Medauar. *Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

– O repúdio do ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Ato inconstitucionais são por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

– A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, 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.

– A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo.⁴

A Constituição de 1988, portanto, consagrará a manutenção do critério difuso de controle de constitucionalidade, com o alargamento do critério concentrado de controle de constitucionalidade, o que não leva a concluir pela extinção ou redução do critério difuso, como apressadamente faz o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes.⁵

Na verdade, a ampliação do critério concentrado veio como forma de complementar e corrigir possíveis distorções do critério difuso, e nunca para reduzi-lo ou restringi-lo.⁶ Dessa forma, devemos tentar harmonizar os diversos critérios de controle de constitucionalidade existentes na Constituição de 1988 e, assim, encontraremos um sistema extremamente amplo e complexo de defesa e garantia da Constituição que pode ser manejado pelo cidadão e pela sociedade civil organizada.

Como o objetivo do presente trabalho não é o de apresentar de modo pormenorizado todos os mecanismos de defesa da Constituição de 1988, passarei

⁴ ADIN nº 652-5, STF, In: DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 174-175.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 256; OMMATI, José Emílio Medauar. *Ofensa reflexa à constituição: ofensa direta à constituição*. In: NERY JR., Néelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190-199.

⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. *Ofensa reflexa à constituição: ofensa direta à constituição*. In: NERY JR., Néelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190-199; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit.

a tratar do que mais nos interessa nesse momento, a construção da ideia mitológica do STF como “legislador negativo” nos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade das normas no Brasil. Esse mito foi firmado na fixação das características do procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e isso passou para os demais procedimentos (ADC e ADPF). Assim, embora eu passe a me referir à ADIN, as argumentações aqui expendidas servirão também para os procedimentos de ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) e ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Pois bem. Quanto ao processo na ADIN, o Supremo Tribunal Federal definiu que o processo seria objetivo, abstrato, sem partes, na medida em que no controle concentrado discute-se a lei em tese, sem a presença de um caso concreto.⁷ No entanto, tal posicionamento parece-me equivocado, inclusive em face da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E para se comprovar tal assertiva, basta analisarmos os parágrafos 1º e 3º do artigo 103 da Constituição de 1988:

§1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

§3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Afinal, se o processo é objetivo, sem partes, o que o Autor da ação é? E mais: por que citar o Advogado-Geral da União para defender o ato ou texto impugnado? Por que a participação do Procurador-Geral da República? Além de tudo isso, e na contramão do posicionamento do STF, por que as leis regulamentadoras da ADIN, ADC e ADPF possibilitam a participação de entidades da sociedade civil como *amicus curiae*, ou seja, amigos do Tribunal? Todas essas pessoas não seriam partes do processo? Afinal, os legitimados ativos para a impetração da ADIN não representam, na verdade, todo o povo brasileiro que têm interesse na defesa e salvaguarda da Constituição? E mais: será que o processo não apresenta um caso concreto? Seria abstrato? Mas, a própria situação de aprovação de uma lei ou ato normativo ferindo as autonomias pública e privada dos cidadãos, não seria um caso concreto?⁸

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸ Agreguem-se, também, além desses argumentos, aqueles expendidos por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Emílio Peluso Neder Meyer e Éder Bomfim Rodrigues em recente obra publicada. Para mais detalhes, vide: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Éder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

Portanto, percebe-se que esse posicionamento do STF é inadequado no marco do paradigma do Estado Democrático de Direito, como também não é adequada a afirmação do STF no sentido de que quando o Tribunal realiza o controle concentrado de constitucionalidade ocupa a posição de um *legislador negativo*.

Ora, se o STF se compara a um legislador, mesmo que negativo, nas pedadas de Hans Kelsen, como explicar que a decisão que declara a inconstitucionalidade em ADIN apresente efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos? Se fosse um legislador negativo, o Supremo Tribunal Federal deveria entender que, enquanto legislador negativo, sua função seria a de revogar normas consideradas inconstitucionais, ou seja, considerar que a norma inconstitucional gerou efeitos até a declaração de inconstitucionalidade do STF e, portanto, a decisão deveria ter efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos, para o futuro. Se, corretamente, o STF entende que a decisão também retroage em controle concentrado, por que continuar a falar em legislador negativo? Existe uma contradição muito grave do STF nessa questão que precisa ser resolvida, inclusive porque, como bem demonstra Rui Medeiros, quando o Tribunal Constitucional declara uma norma inconstitucional ele não age como legislador nem positivo nem negativo. A declaração de inconstitucionalidade significa a aplicação do Direito Constitucional em detrimento do Direito infraconstitucional. Portanto, é atividade de aplicação do Direito e não de legislação.⁹

Se a ideia do STF como legislador negativo em controle concentrado de constitucionalidade já é equivocada, pior ficou quando o STF passa a abandonar tal perspectiva e começa a adotar a perspectiva de um verdadeiro legislador positivo.¹⁰ Para que se possa compreender essa nova perspectiva, analisarei, no próximo tópico, o surgimento dessas técnicas denominadas de sentenças intermediárias que transformam os órgãos responsáveis em defender a Constituição em verdadeiros poderes constituintes originários, na medida em que conferem a eles poder legislativo positivo, suas modalidades, sua chegada ao Brasil e os problemas que elas acarretam à ideia de supremacia constitucional.

II

As sentenças ou decisões intermediárias são assim denominadas, porque os Tribunais responsáveis pela guarda da Constituição passam a tomar decisões

⁹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

¹⁰ Esse processo de mudança de entendimento do STF foi muito bem rastreado por Rodrigo Brandão em excelente obra: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

não necessariamente baseadas no binômio constitucional/inconstitucional. Há aqui uma decisão que pode ficar a meio caminho, possibilitando-se ao Tribunal “transigir” com a supremacia constitucional.

Essa expressão (sentença intermediária) foi difundida no Brasil por José Adércio Leite Sampaio.¹¹ Esse termo foi utilizado pela primeira vez na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, em 1987. Contudo, conforme adverte Emílio Peluso Neder Meyer, melhor seria designar essas técnicas de decisão de decisões intermediárias, pois assim englobaríamos tanto os provimentos jurisdicionais de primeira instância (sentenças) quanto os pronunciamentos dos Tribunais (acórdãos).¹²

Ainda de acordo com Emílio Peluso Neder Meyer, encontramos na doutrina um discurso totalmente confuso a respeito do tema, de modo que ora os juristas tentam distinguir diferenças entre os institutos que compõem este gênero, ora buscam mesclá-los de modo desarrazoado. E esse problema também se encontra na prática do Supremo Tribunal Federal e de modo ainda mais grave, na medida em que o Tribunal opta por decisões com “fundamentação pouco convincente”, agravando a precariedade e pouca técnica do debate sobre o tema. Além do mais, na prática do nosso STF, percebemos que os Ministros dominam muito mal as diversas modalidades de decisões intermediárias, causando uma enorme confusão terminológica!¹³

Pois bem. Tentando organizar um pouco essa confusão terminológica, podemos classificar as decisões ou sentenças intermediárias da seguinte forma, de acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes:¹⁴

- *Decisões ou sentenças normativas:* São aquelas que levam à criação de uma norma geral (abstrata) e vinculante, que, por sua vez, são subdivididas em outros grupos:
- *Decisões ou sentenças interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição:* Essas decisões, também conhecidas simplesmente como técnica de interpretação conforme à Constituição, objetivam fixar uma interpretação pelo Tribunal que seja tida como compatível com a Constituição, de modo a não se declarar a norma inconstitucional desde que seja aplicada tal interpretação. Apesar de não haver previsão legislativa no direito comparado, o legislador brasileiro fez constar tal possibilidade de decisão no artigo 28 da Lei 9.868/99. Contudo, mesmo antes dessa

¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

¹² MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 38.

¹³ MEYER, Emílio Peluso Neder, op. cit., p. 37.

¹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, op. cit., p. 1237-1249.

previsão expressa na legislação brasileira, o Judiciário brasileiro já adotava tal técnica que, na verdade, se configura muito mais como uma técnica interpretativa da Constituição do que como uma decisão ou sentença intermediária.

A interpretação conforme à Constituição é, na verdade, um próprio corolário da ideia fundamental de supremacia da Constituição, na medida em que se tenta evitar interpretações compatíveis com o Texto Constitucional, evitando-se que as normas infraconstitucionais recebam uma interpretação que as tornem inconstitucionais. Além disso, por essa técnica, privilegia-se também o princípio da boa-fé em relação ao legislador, na medida em que vai se optar por uma interpretação da lei que seja compatível com a Constituição, afastando-se de modo vinculante as interpretações inconstitucionais.

Embora seja uma técnica fundamental para a manutenção da integridade do Direito, a interpretação conforme à Constituição nem sempre pode ser utilizada, pois pode ocorrer de uma legislação não possibilitar uma interpretação compatível com a Constituição. Nesse caso, devem os órgãos de defesa da Constituição declarar tal lei inconstitucional.

Já de acordo com a *declaração de inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem redução de texto*, temos a possibilidade de o Tribunal delimitar a aplicação inconstitucional, determinando que para todas as outras situações a norma seria constitucional. Daí que na Alemanha, país onde essa técnica se desenvolveu a partir de 1954, seu traço característico fosse a utilização da expressão *soweit* (desde que), marcando justamente que a afirmação pela inconstitucionalidade representaria uma exceção. Tem-se aí a possibilidade do STF declarar a inconstitucionalidade de uma hipótese, ou de um viés ou de uma variante de aplicação de uma norma.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal vem afirmando nominalmente o emprego de tal técnica, mas, muitas vezes, confundindo-o com a técnica da interpretação conforme,¹⁶ acertando apenas em alguns casos.¹⁷ Infelizmente, o STF vez por outra trata de forma equivalente as duas modalidades (interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem redução de texto), deixando claro para todos a confusão do Tribunal na utilização das duas técnicas de decisão de controle de constitucionalidade. Como exemplo dessa confusão, vejamos o seguinte julgado:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O

¹⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, op. cit., p. 1240.

¹⁶ STF. ADI 2284/RJ, DJ 02/12/2005; RE 401436/GO, DJ 31/03/2004.

¹⁷ O caso no qual o STF acertou no uso da técnica foi na ADI 2287/SP.

artigo 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. *Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei.*¹⁸

Percebe-se que nessa decisão, afirmando realizar uma interpretação conforme, na verdade o que fez o Ministro Relator foi declarar a inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem redução de texto, na medida em que excluiu da abrangência do artigo 90 da Lei 9.099/95 as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas na referida lei. Ora, se fosse interpretação conforme, o Relator deveria simplesmente fixar uma interpretação compatível com a Constituição, para não se declarar inconstitucional a norma. Como isso não era possível no caso, já que o texto da norma não permitia qualquer interpretação que o compatibilizasse com a Constituição, houve a redução de texto, embora o Ministro diga que realizou interpretação conforme!

Ainda sobre a declaração de inconstitucionalidade (nulidade) parcial sem redução de texto, também se tem a decisão dotada de efeito *erga omnes* e vinculante, de acordo com o artigo 28, § único da Lei 9.868/99.

Já as *sentenças aditivas* são aquelas que se caracterizam por buscarem alcançar situações possivelmente postas de lado pelo legislador ordinário, de modo que alargam a incidência de uma disposição legislativa.¹⁹ Temos aqui uma verdadeira ação legislativa do Tribunal. Embora a legislação brasileira não tenha previsto essa modalidade, alguns casos foram rastreados pela doutrina pátria²⁰: Tratam-se dos casos da ADI 3.105-8/DF, na qual o voto do Ministro Cezar Peluso faz menção a essa técnica, seguindo o padrão do direito comparado, que a aplica para solucionar casos que envolvam o princípio da igualdade. Além dessa decisão, temos também o Recurso Especial 249.026/PR, no qual o STJ admitiu a possibilidade de levantamento do FGTS pela mãe de um portador do vírus HIV, mesmo sem previsão na Lei 8.036/90. No HC 79.812/SP, o STF julgou que o princípio que permite a não autoincriminação (direito de ficar em silêncio – art. 5º, LXIII da CF/88) é extensível às testemunhas, aos indiciados e aos réus, mesmo que o texto constitucional apenas faça referência

¹⁸ ADI 1719/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgada em 18/06/2007.

¹⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, op. cit., p. 1241.

²⁰ Nesse sentido, vide: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 184 e p. 253; MEYER, Emílio Peluso Neder, op. cit., p. 74-75.

ao “preso”. Por fim, temos o Mandado de Injunção 708/DF, no qual o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a Lei 7.783/89, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas também se aplica aos servidores públicos.

Nas *sentenças transitivas*, também conhecidas como *transacionais*, busca-se uma relativização do binômio constitucional/inconstitucional, negociando-se com a supremacia da Constituição. Essa técnica no Brasil foi reconhecida pela Lei 9.868/99, que regulamentou os procedimentos de ADI e ADC, em seu artigo 27; como também pela Lei 9.882/99, regulamentadora do procedimento da ADPF, em seu artigo 11. Tanto em um quanto no outro dispositivo que, por sinal, possuem textos praticamente idênticos, possibilita-se declarar a inconstitucionalidade da norma, mas mantê-la por algum tempo ainda no ordenamento jurídico gerando efeitos, seja por razões de excepcional interesse social ou para salvaguardar a segurança jurídica. Foi a positivação no Brasil da modalidade de *sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida*.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não tenha previsto a modalidade de *sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo*, já tivemos situações que, ao que parece, o STF tenha feito uso dessa técnica. De acordo com ela, há o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, porém essa norma não é retirada do ordenamento jurídico, com a justificativa de que sua ausência geraria mais danos do que a presença da lei inconstitucional. Se na *sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida*, a norma considerada inconstitucional mantém-se por algum tempo no ordenamento jurídico e, depois disso, é retirada, já que o Tribunal pode marcar um prazo no qual a norma ainda é constitucional e, depois disso, se torna inconstitucional, na *sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo*, declara-se a inconstitucionalidade, mas a norma continua a gerar efeitos no ordenamento jurídico até que o legislador resolva retirá-la do ordenamento, seja revogando-a pura e simplesmente ou modificando a regulamentação da matéria. Normalmente, a justificativa para a utilização da *sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo* é de ordem político-pragmática: a decisão visaria impor o ônus orçamentário menor ao Estado e à sociedade. Casos que parecem ter utilizado tal técnica são as ADI’s 737-8/DF, julgada em 1993 e 1.442-1/DF, julgada em 2004.

Por fim, temos as *sentenças de apelo* e as *sentenças de aviso*. Nas *sentenças de apelo*, temos um verdadeiro “apelo ao legislador”, pois o Tribunal reconhece que a norma é constitucional, mas que o legislador deve fazer modificações na norma para que a mesma não se torne inconstitucional. Essa técnica foi utilizada no Brasil no HC 70.514, julgado pelo STF, e no Recurso Extraordinário 147.776, também julgado pelo STF.²¹ Já as *sentenças de aviso* sinalizam

²¹ Para mais detalhes, vide: SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 175 e seguintes.

uma mudança na jurisprudência da Corte no futuro, mas tal mudança não surtirá efeitos para o caso em julgamento. Temos aí aquilo que a doutrina tem denominado de *prospective overruling*,²² ou seja, a sentença explícita uma futura mudança jurisprudencial, porém, como já dito, o novo precedente não será aplicado no caso em que o mesmo está sendo apresentado.

Tendo analisado as diversas espécies de sentenças intermediárias, é hora de fazermos um balanço crítico de tais mecanismos.

Como visto acima, embora o legislador brasileiro tenha formalmente introduzido apenas a *interpretação conforme à Constituição* (artigo 28 da Lei 9.868/99) e a *sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida* (artigo 27, da Lei 9.868/99 e artigo 11 da Lei 9.882/99), o STF e demais Tribunais brasileiros passaram a se utilizar também das outras técnicas de decisão, substituindo-se ao legislador democraticamente eleito. Só em razão disso, a prática de nossos Tribunais já é questionável, para se dizer o mínimo.

Contudo, a possibilidade de utilização de *sentenças transacionais* (*sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida* – artigos 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99) no controle de constitucionalidade brasileiro é também questionável por outros motivos, pois agora o STF passa a ser não mais legislador negativo (e vimos que o STF não é legislador negativo), mas também positivo! Isso porque esse dispositivo (artigo 27 da Lei 9.868/99), repetido no artigo 11 da lei 9.882/99, desconsidera por completo a Constituição, pois possibilita ao Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão em ação direta de inconstitucionalidade, ou, para dizer com José Adércio Leite Sampaio, possibilita à Corte transigir com a supremacia da Constituição.²³ Em razão desse dispositivo, o STF poderá agora reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, mas reconhecer também que seria mais prejudicial ao ordenamento jurídico a retirada da norma, em função de vácuo legislativo, como faz o Tribunal Constitucional Alemão, mantendo norma inconstitucional por algum tempo ainda no ordenamento jurídico brasileiro.

Poderá, ainda, dizer que a norma só será retirada do mundo jurídico a partir de determinada data, em razão de excepcional interesse social. O problema é saber que interesse social poderia legitimar a manutenção de uma norma inconstitucional no ordenamento jurídico, quando se sabe hoje que o interesse social não pode se confundir com o interesse do Estado e sim com o interesse

²² FERNANDES, Bernardo Gonçalves, op. cit., p. 1249; SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 176; MEYER, Emílio Peluso Neder, op. cit., p. 142.

²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 771-886.

de todos os indivíduos considerados em sua unicidade e especificidade. O interesse social, a meu ver, está sempre em manter o ordenamento jurídico íntegro, sem normas conflitantes, com a prevalência da Constituição da República sobre qualquer norma que com ela conflite.²⁴

Para que essas críticas fiquem mais claras, vejamos o que dispõe o artigo 27 da Lei 9.868/99:

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 fixado.

Não foi por outro motivo que Ivo Dantas, ao comentar o dispositivo legal citado, afirmou:

[...] não temos dúvida em afirmar que estamos diante do Fim da Supralegalidade Constitucional, princípio que sempre caracterizou as Constituições Escritas [...]²⁵

E, continuando a sua crítica ao dispositivo citado, o insigne constitucionalista pernambucano escreve:

Imaginemos um exemplo: determinada Medida Provisória cria um novo tributo (como o fez com a Contribuição Previdenciária dos Inativos) e o Supremo Tribunal Federal a entende eivada de inconstitucional. Contudo, em razão de necessidade de caixa, invocada como excepcional interesse social, poderá dizer a Corte, por maioria de dois terços de seus membros, que mesmo sendo inconstitucional, poderá ser cobrada por mais 5 (cinco) anos, por exemplo. Ou então, que em relação aos anos em que foi cobrada a situação ficará imutável, pois que a decisão só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado.²⁶

A consequência mínima disso, como adverte Marcelo Cattoni, é que mesmo declarados inconstitucionais um ato normativo ou uma lei, o Supremo Tribunal Federal poderia exigir o seu cumprimento pelos demais órgãos do Poder Judiciário, pelo Poder Executivo e pela cidadania em geral.²⁷

Vê-se que tal dispositivo, repetido pela Lei nº 9.882/99, que regulou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em seu artigo 11, acaba por completo com o princípio da Supremacia da Constituição, princípio inerente a qualquer Constituição Formal e Rígida, além de desvirtuar ou desmoralizar o código binário do Direito (lícito/ilícito), acaba por substituí-lo por argumen-

²⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. *Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

²⁵ DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 244.

²⁶ DANTAS, Ivo, op. cit., p. 245.

²⁷ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 167.

tos de conveniência e oportunidade, próprios da Política. O que há, então, é uma verdadeira colonização do Direito pela Política, se quisermos utilizar a terminologia da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.²⁸

Tanto a Lei nº 9.868/99 em seu artigo 27, como a Lei nº 9.882/99 em seu artigo 11, trataram os princípios constitucionais como mandados de otimização.

Tratar os princípios constitucionais como mandados de otimização causa grandes problemas para o Direito, pois acaba, em última análise, por confundir os momentos de produção legislativa com o de aplicação da norma.²⁹

Para as duas leis citadas, os princípios da nulidade da lei inconstitucional, da segurança jurídica e do relevante interesse social estariam em tensão, passíveis de serem sopesados, ou seja, aplicados na medida do possível.

Para Marcelo Cattoni, tal posição é inviável juridicamente, pois:

A questão é que essa posição não leva a sério o caráter deontológico dos princípios constitucionais. Os princípios, enquanto normas, diferenciam-se dos valores justamente porque estabelecem um vínculo de obrigatoriedade e não da preferência ou da conveniência. Princípios estabelecem o que é devido e não o que é preferível. Enquanto tal, possuem um código binário e não gradual, não podendo ser cumpridos em maior ou menor extensão.

Outro problema dessa concepção é o de confundir a perspectiva argumentativa do processo jurisdicional com a perspectiva argumentativa do processo legislativo. Enquanto nesse último se colocam questões que venham, justamente, a justificar a validade das normas, naquele se coloca a questão acerca da adequabilidade de uma norma à solução de um caso concreto. Dizer que os princípios se distinguem das regras por eles colocam, em seu processo de aplicação, questões de ponderação ao lado de questões de validade, que lhe possibilitam um cumprimento gradual, nada diz acerca da sua adequabilidade.

Ao final, ao se reduzir o Direito a valores que, por sua natureza, não são homogêneos numa mesma sociedade, aumenta-se o risco da irracionalidade no processo jurisdicional de controle, transformando-o uma instância político-legislativa que se sobressairia ao próprio legislador democrático. Instaurar-se-ia, desse modo, uma ditadura de “boas intenções éticas e políticas” que desrespeitaria a cidadania e o legislativo, à medida que os reduziria a meros tutelados do Tribunal de cúpula, no caso do Supremo Tribunal Federal, ou, no caso alemão, da Corte Constitucional Federal.³⁰

²⁸ Sobre a questão do código jurídico, vide: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002; LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990; LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. México: Anthropos, 1997; LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1990.

²⁹ Sobre isso, vide: OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³⁰ CATTONI, Marcelo, op. cit., p. 173-174.

Portanto, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e o artigo 11 da Lei nº 9.882/99 devem ser declarados inconstitucionais, por desrespeitarem vários princípios constitucionais, tais como o do Estado Democrático de Direito, o da competência de todos os Juízes Brasileiros de decretarem a inconstitucionalidade de uma norma em um caso concreto, o da Supremacia Constitucional, dentre tantos outros.

Referências

- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- . *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- . *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Éder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990.
- . *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. México, Anthropos, 1997.
- . *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1990.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- ; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.
- OMMATI, José Emílio Medauar. Ofensa reflexa à constituição: ofensa direta à constituição. In: NERY JR., Néelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 190-199.

_____. *Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____. *Teoria da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.