

DECISÕES INCONSTITUCIONAIS NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
Os EFEITOS *PRO FUTURO*

CARLOS HENRIQUE DE MORAIS BOMFIM JUNIOR
Especialista em Direito Eleitoral pelo Centro Universitário de
Belo Horizonte - UNI-BH
Mestre em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas
Advogado

**DECISÕES INCONSTITUCIONAIS NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**
OS EFEITOS PRO FUTURO



Belo Horizonte
2012



CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
André Lipp Pinto Basto Lupi
Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
David França Ribeiro de Carvalho
Dhenis Cruz Madeira
Dirceô Torrecillas Ramos
Emerson Garcia
Felipe Chiarello de Souza Pinto
Frederico Barbosa Gomes
Gilberto Bercovici
Gregório Assagra de Almeida
Gustavo Corgosinho
Jamile Bergamaschine Mata Diz

Jean Carlos Fernandes
Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
Jorge M. Lasmar
Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
José Luiz Quadros de Magalhães
Luciano Stoller de Faria
Luiz Manoel Gomes Júnior
Mário Lúcio Quintão Soares
Nelson Rosenvald
Renato Caram
Rodrigo Almeida Magalhães
Rogério Filippetto
Rubens Beçak
Wagner Menezes

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2012.

Plácido Arraes
Editor

Avenida Brasil, 1843/loja 110, Savassi
Belo Horizonte/MG
CEP 30.140-002
Tel: (31) 3286-2308

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Capa: Vladimir O. Costa e Charllles Hoffert
Diagramação: Danilo Jorge da Silva
Revisão: Alexandre Bomfim

B695

Bomfim Júnior, Carlos Henrique de Moraes
Decisões inconstitucionais no controle de
constitucionalidade: os efeitos pro futuro /
Carlos Henrique de Moraes Bomfim Júnior. –
Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
209p.
ISBN: 978-85-62741-48-7

1. Direito constitucional. I. Título.

CDD: 341.2

CDU: 342

Elaborada por: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2012

AGRADECIMENTOS

De início, agradeço ao meu orientador, professor Rosemiro Pereira Leal, que muito me inspirou no desenvolvimento desta obra com suas valiosas lições sobre a democracia e o processo.

Agradeço, também, aos meus pais, cuja dedicação aos estudos sempre foi uma inspiração. Seus exemplos são deveras valiosos para mim.

Em especial, agradeço à Carol por todo o seu carinho, amor, sabedoria, paciência, enfim, por sempre ficar ao meu lado quando eu precisei. É por sua causa que redescobri o significado da palavra “companheirismo”.

Não poderia esquecer os amigos do mestrado, Roberto, Ana, Vinicius, Carol e Giovanna, sempre presentes para auxiliar nas pesquisas e debater novas ideias, bem como o meu irmão, Alexandre, que também muito enriqueceu as discussões neste estudo com suas opiniões sobre o assunto.

Por último, mas não menos importante, aos amigos do escritório Campos, Fialho, Canabrava, Borja, Andrade, Salles Advogados, especialmente ao Rafael Brescia, quem reconheço que se sacrificou pessoalmente para possibilitar que eu tivesse tempo para dedicar à conclusão do mestrado.

A todos, muito obrigado.

*Dedicado aos meus pais, à Carol e ao Xande,
pessoas que amo,
que me deram forças,
que confiaram em mim e, sobretudo,
pessoas que sempre admirei pelas conquistas e dedicação.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DF	Distrito Federal
Nº.	Número
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCF	Tribunal Constitucional Federal (<i>Bundesverfassungsgericht</i>)

SUMÁRIO

PREFÁCIO	XV
APRESENTAÇÃO	XIX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	
OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	7
1. A origem e natureza do controle difuso de constitucionalidade das normas: a experiência norte-americana.	18
2. A jurisdição constitucional de Hans Kelsen.....	28
2.1 O positivismo em Kelsen e o fundamento da validade e legitimidade normativa.....	29
2.2 O Tribunal Constitucional e o mito do legislador negativo.	38
2.3 O guardião da Constituição para Hans Kelsen.....	44
3. Uma análise sobre o controle de constitucionalidade no Brasil.	48
CAPÍTULO 2	
A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E SEUS REQUISITOS.....	61

1. A modulação temporal dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de uma norma como mecanismo procedimental para a preservação da estabilidade das relações jurídicas.....	62
2. Os requisitos para a modulação temporal <i>pro futuro</i> : a segurança jurídica e o excepcional interesse social. A construção solipsista desses conceitos indeterminados, segundo a norma prevista no art. 27 da Lei nº. 9.868/99.....	71
2.1 O requisito da segurança jurídica como fundamento para a modulação temporal	73
2.2 A interdeterminabilidade do excepcional interesse social como o requisito para a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	90
3. A construção compartilhada do sentido correspondente aos requisitos para a modulação temporal <i>pro futuro</i> pelo atendimento ao contraditório.....	97

CAPÍTULO 3

A INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DECISÓRIA.....	113
1. A pós-modernidade no processo pela teoria neoinstitucionalista do processo (superação das teorias anteriores)	114
2. A ilegitimidade decisória como fundamento da inconstitucionalidade do procedimento estabelecido pelo art. 27 da Lei nº. 9.868/99 para a atribuição de efeitos <i>pro futuro</i> à declaração de inconstitucionalidade.	133
2.1 A segurança jurídica como legitimidade decisória: a necessidade de conexão entre o contraditório e a fundamentação das decisões como requisito de validade da decisão.....	135
2.2 A ausência de legitimidade das decisões que aplicam os efeitos <i>pro futuro</i> e a inconstitucionalidade da interpretação isolada do art. 27 da Lei nº. 9.868/99 por desconsideração de direitos fundamentais.	143

3. A exceção procedimental (pela interpretação isolada do art. 27 da Lei nº. 9.868/99) como regra e a inconstitucional criação de um Estado-Juiz de Exceção.....	158
CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	173

PREFÁCIO

O que se publica sob título “Decisões Inconstitucionais no Controle de Constitucionalidade: os efeitos *pro futuro*” decorre de excelente dissertação de mestrado que o seu autor, Carlos Henrique de Moraes Bomfim Junior, produziu e sustentou perante banca examinadora composta por professores-doutores no curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, conquistando merecidamente, com nota máxima, o seu título de mestre em Direito Processual. O autor faz um percurso instigante desde a “origem e natureza” do controle difuso de constitucionalidade das normas na prática jurídica americana, passando pelo positivismo kelseniano até adentrar as peculiaridades do atual sistema brasileiro. O que lhe interessou com maior ênfase foi a *modulação temporal* dos efeitos advindos da declaração de inconstitucionalidade. Exatamente nesse ponto é que o autor vai apontar a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99, que permite ao Supremo Tribunal Federal “postergar os efeitos de sua decisão para um momento futuro (efeitos *pro futuro*)” ante razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

A dissertação cresce de importância científica à medida que o autor questiona o sentido dos requisitos invectivados pelo julgador para estabelecer a *modulação temporal*. É que, se a Constituição Brasileira impõe, na construção das decisões, a observância dos seus arts. 5º, LIV e LV, e 93, IX, o efeito *pro futuro* que o julgador possa emprestar à decisão exarada não é fundamentado em razões que tenham sido construídas em âmbito

do *devido processo legal*. Em sendo o acórdão do STF terminativo do procedimento, ficaria inconstitucionalmente entregue ao juízo solipsista do julgador excelso a conveniência de adiar ou não os efeitos do acórdão proferido. Entretanto, o que seria mais lesivo ao direito fundamental do contraditório, segundo os termos da substanciosa dissertação, é o julgador, em parâmetros de sua própria consciência, enunciar, como fundamento da postergação, o que solitariamente entende por “segurança jurídica e o excepcional interesse social”.

O autor, de modo bem demarcado na lógica crítico-analítica, ao anotar a “indeterminabilidade” das ideias de “segurança jurídica” e de “excepcional interesse social”, porquanto a Lei n. 9.868/99 tal não esclarece, ressalta a ausência de “legitimidade decisória” do efeito *pro futuro* em confronto com o que dispõe a Constituição Brasileira quanto à garantia do direito fundamental ao contraditório, que assegura às partes compartilharem, no exercício da ampla defesa, a construção das decisões que lhes possam afetar.

Também é significativo o cruzamento que o autor faz do tema de sua dissertação com o *devido processo constitucional*, chegando a incurSIONAR, quanto à questão da inconstitucionalidade, o *nómos* e o *pséfisma* do direito grego, mencionando, ainda, o período da Idade Média pelo *jus naturale* e o *jus positum*, sem esquecer o sistema de *common law* em face da *statutory law* do direito inglês e o judicial review do direito americano. Foi propósito do autor distinguir os efeitos *ex nunc* e os *pro futuro* para melhor compreensão dos conteúdos de sua dissertação, descartando expressamente o atributo do *quorum* qualificado como validador da postergação dos efeitos decisórios.

É fecunda a análise que o autor empreende dos significados ambíguos das expressões “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, contrastando-as com o que se tem de modo incontroverso na constitucionalidade brasileira sob a denominação de **devido processo**. Por outro lado, o trabalho mostra como essas expressões flutuam em juízos de conveniência dos tribunais de tal sorte a impedir uma noção consensual sobre os seus significados. Por isso é que o autor vai registrar a total impertinência de uma *jurisprudência de valores* (ponderação de princípios escolhidos livremente pelo julgador) na construção das decisões, em virtude do disposto no modelo constitucional brasileiro. Quanto à formação da própria estrutura procedimental, não se sabe a que se vincula o efeito *pro futuro*: se ao pedido ou à causa de pedir, o que impede a própria in-

teligibilidade da decisão que o concede. São essas algumas das lições que colhemos no largo painel de reflexões que nos oferece a singular pesquisa do autor sobre o tema que tão acuradamente dissertou.

É um trabalho que merece figurar na estante de juristas de todas as especialidades. Por isso, foi-me honroso o convite para prefaciá-lo, ademais porque tive a rara oportunidade de, como orientador do autor, aprender mais ainda com a pesquisa realizada.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2012

ROSEMIRO PEREIRA LEAL

Professor da UFMG e da PUC Minas

(bacharelado, mestrado e doutorado em Direito Processual).

Presidente do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos e Presiden-

te-Fundador da Associação dos Advogados de Minas Gerais.

APRESENTAÇÃO

Estribado em uma pesquisa séria, minuciosa e profunda, realizada no período de seu mestrado acadêmico, a mente arguta do jovem pesquisador e advogado Carlos Henrique de Moraes Bomfim Junior submeteu as questões envolvendo o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos a uma prova de resistência face ao Estado de Direito Democrático e aos princípios fundantes do devido processo legal.

Os cinco capítulos que compõem o presente trabalho de investigação estão muito bem concatenados e aptos a conduzir o leitor às conclusões coerentes e consistentes a que chegou o autor, notadamente quando assevera, de forma contundente, mas racional e democraticamente, que a razão encartada na interpretação que vem sendo dada ao artigo 27, da Lei n. 9.868/99 e que trata dos efeitos *pro futuro* dos provimentos judiciais em sede de declaração de inconstitucionalidade, não pode ser resultado de decisões soberanas implicadoras de uma “vida nua” (Agamben) e distante da estrutura constitucional assentada em bases de direitos fundamentais e consentânea com o marco teórico do Estado Constitucional e de Direito Democrático inaugurado no Brasil em 1988.

Sem abandonar a redação científica e a linguagem técnica, Carlos Bomfim Junior nos traz obra marcada pela clareza e pela objetividade necessárias para alcançar leitores experientes e leigos, mantendo, assim, os ideais da democracia na transmissão do conhecimento, nota digna dos grandes juristas. Com efeito, o autor discorre sobre os Sistemas de Controle de Constitucionalidade a partir da experiência norte-americana e centra

seus esforços no estudo da Jurisdição Constitucional imaginada por Hans Kelsen sob os aspectos da validade e legitimidade normativas centralizadas em torno da atuação do Tribunal Constitucional, que deve, sempre, agir como “legislador negativo”, mas que, em muitas vezes, desse dever se distancia, ferindo o princípio da separação das funções estatais, o que atraiu a crítica do autor ao denominar de “mito” aquela atuação para além das funções constitucionais do Tribunal.

O aspecto central do trabalho gira em torno da discussão da *modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade* e da obediência dos seus requisitos legitimadores em um cenário de modernidade democrática pós-Segunda Guerra Mundial. As preocupações de Carlos Bomfim Junior se voltam exatamente para a atuação dos órgãos judiciários brasileiros, especialmente o Supremo Tribunal Federal, quando das situações litigiosas que se direcionam, de um lado, para a tentativa de preservação das relações jurídicas ocorridas ao tempo das respectivas vinculações, e, de outro, e talvez mais importante, para as preocupações diante da existência de cláusulas abertas em nosso sistema jurídico, a ensejar o preenchimento pelo Tribunal do “vazio da lei” de que falava Warat, como é o caso dos conceitos indeterminados de segurança jurídica e interesse social, o que pode colidir com os alicerces da democracia em bases republicanas.

Para que o referido vazio normativo não seja ocupado solitariamente com valores do decididor, Carlos Bomfim Junior vai desenvolver o raciocínio no sentido da obrigatoriedade de se percorrer *de forma compartilhada* a estrutura procedimental das ações de fiscalização da Constituição, isto é, longe da fórmula de “processo objetivo”, porque a própria Constituição Brasileira exige a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa em necessária conexão com o princípio da fundamentação das decisões, visto que propiciadores de *legitimidade democrática* a alcançar e formatar os efeitos da modelagem resolutive por ocasião do resultado do confronto entre normas em face da Constituição.

Ora, não há dúvidas de que, no Estado cujo Direito é Democrático, as situações da Vivência se fazem e se refazem em grau de observância de direitos fundamentais, de modo a se construir uma autonomia cidadã (Habermas) viabilizadora do projeto democrático instituído pela Constituição Brasileira de 1988 – do qual o controle de constitucionalidade é uma das suas “ferramentas base”. Por isso mesmo, não se pode mais responder afirmativamente se os órgãos judiciais estariam autorizados a, solitariamente, interpretar regras jurídicas segundo um “certo grau de discricionariedade e

escolha e, portanto, de criatividade”, como parece dizer Mauro Cappelletti (Juizes Legisladores?), ao se referir à “Justiça Constitucional”.

Exatamente aí vale a advertência de Fix-Zamúdio, para quem a chamada Jurisdição Constitucional “não é atividade do juiz de aplicação do direito na solução de controvérsias constitucionais, não podendo sequer ser medida pelo comportamento isolado do magistrado”. É que a função jurisdicional nada mais é do que um dever; é uma atividade disciplinada e submetida aos princípios jurídico-constitucionais e à estruturação procedimental, assegurando às partes interessadas o direito de participação em simétrica paridade, na visão de Elio Fazzalari.

De resto, nas modernas democracias, o papel dos Tribunais Constitucionais não pode ser equiparado ao de um guardião de uma suposta ordem de valores substantivos. Deve seu papel ser o de assegurar o processo de criação democrática do direito, o que pressupõe, portanto, reservar às cortes constitucionais “a guarda do sistema de direitos que torna a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos igualmente possíveis”, como aduz Jürgen Habermas, para quem as normas e princípios constitucionais, em virtude do seu **sentido deontológico** de validade, *são vinculantes e não especialmente preferidos*. Assim, a interpretação constitucional deve decidir “qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar *valores*”, e é esta a linha investigativa seguida pelo presente trabalho.

É com gosto e orgulho, pois, que apresentamos a obra de Carlos Henrique de Moraes Bomfim Junior, com quem temos a satisfação de conviver nas pesquisas conducentes à diuturna construção da Democracia pelo Direito em nossa Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, seguros de que esse trabalho construtivo irá contribuir sobremaneira para o alargamento das cogitações reflexivas acerca da Teoria do Constitucionalismo no cenário do Conhecimento Científico brasileiro.

FERNANDO HORTA TAVARES

Pós-Doutoramento em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (POR), mesma Instituição na qual é Professor Convidado.

Doutor e Mestre em Direito e em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Instituição em que leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação.
Advogado.

