

TIPOLOGÍA Y EFICACIA DE LAS PRINCIPALES TÉCNICAS DECISORIAS ADOPTADAS POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN LOS PROCESOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ¹

Por

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA *
Doctor en Teoría e Historia del Derecho
Università degli Studi di Firenze

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Constitucional 11 (2011)

Fecha de recepción: 13/12/2009

Fecha de aceptación: 13/12/2009

1. INTRODUCCIÓN

Sin pretender agotar la temática propuesta, pero con el objetivo de presentar un análisis general y sintético de la misma, centramos nuestra atención en lo que es el momento final del juicio de constitucionalidad ejercido por el Supremo Tribunal Federal: definir cuál, entre las principales técnicas decisorias existentes, se debe elegir para resolver el caso concreto. En algunas situaciones, como veremos, la técnica decisoria se confunde con la técnica interpretativa utilizada; sin embargo, aun siendo conscientes de que la interpretación es un proceso estrechamente ligado a la decisión, daremos preferencia a su estudio porque es el dispositivo de la sentencia, es decir, la decisión del tribunal, el producto final que constituirá cosa juzgada y se hará efectiva en la realidad material. Si hubiéramos elegido confrontar las cuestiones relacionadas con el proceso de interpretación desarrollado durante el control de constitucionalidad, sería necesario

¹ Este estudio tiene ulteriores consideraciones en Stefano M. Cicconetti e Anderson V. Teixeira. *Jurisdição Constitucional Comparada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

* Con periodo de investigación doctoral en la *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Maestría (2005) en Derecho Público por la PUC/RS. Profesor Asociado en la Universidad Luterana del Brasil. Abogado. Otros escritos del autor están disponibles en www.andersonteixeira.com

cambiar el punto de vista de este estudio y entrar en una esfera que no nos toca directamente en esta sede: la hermenéutica constitucional.²

Por lo tanto, nos limitaremos a las técnicas decisorias más adoptadas por el Supremo Tribunal Federal en el proceso de control concentrado de constitucionalidad: las especies de declaración de nulidad de la ley o acto normativo, las especies de declaración de constitucionalidad de la ley o acto normativo, y la interpretación conforme la Constitución.

2. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA LEY O ACTO NORMATIVO

2.1. Declaración de nulidad total

Por haber ocurrido la afirmación de la teoría de las nulidades en la tradición constitucional de Brasil durante el transcurso del siglo XX, el entendimiento pacífico en el Supremo Tribunal Federal es actualmente en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo con la fuerza de ley importa en el decreto de nulidad *ex tunc* y *ipso jure* del dispositivo impugnado, retrocediendo desde su edición.³ Sin embargo, el dispositivo inconstitucional puede restringirse a un artículo, cláusula, párrafo, o un pequeño fragmento de texto de cualquier artículo, por lo que todavía la ley podría ser considerada compatible con la Constitución. Así pues, se dará la nulidad total cuando todo el acto normativo esté con una mácula en su legitimidad constitucional. Aunque pueda estar la mácula concentrada, de hecho, sólo en un único

² Para estudios sobre la hermenéutica constitucional, recomendamos Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2006; Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005; Luis Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009; Luis Roberto Barroso. *A nova interpretação constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008; Virgílio Afonso da Silva (coord.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005; Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997; Juarez Freitas. *A interpretação sistemática da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004; Lênio L. Streck. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; Celso Ribeiro de Bastos. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; Marcelo A. C. de Oliveira (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; Aurélio A. V. Veito. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

³ Debemos recordar que Kelsen es quizá el máximo exponente de la teoría de la nulidad de los actos normativos o con fuerza de ley declarados inconstitucionales en sede de control abstracto de constitucionalidad. Oponiéndose a la tesis de la nulidad absoluta y defendiendo, en consecuencia, la eficacia *ex nunc* de la decisión judicial que declara la inconstitucionalidad en control abstracto, él sostuvo que: “Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.” Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (1934), p. 303. Ver también Carl Schmitt. *Il custode della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981 (1931); Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001 (1928); e Danilo Zolo. *I signori della pace*. Roma: Carocci, 1988.

dispositivo del texto legal, por ejemplo, en la parte final de la disposición de un artículo, la *interdependencia normativa interna* terminará viciando completamente la ley en cuestión y exigiendo, por consecuencia, la declaración de nulidad total del acto normativo impugnado. El Ministro Alves Moreira señaló que “a declaração de inconstitucionalidade parcial importaria verdadeira criação de uma lei nova, não votada pelo Legislativo, que, presumidamente, não a votaria por afastar-se da orientação que presidiu a sua feitura.”⁴

La relación causa-efecto entre las leyes - que determina la nulidad de las normas que estén directamente vinculadas a la regla principal declarada inconstitucional - puede asumir también la forma de la *interdependencia normativa externa*: la norma declarada inconstitucional derrumbará toda la legislación que resulte directamente de ella y que en ella encuentre su fundamento de validez. Este es el caso de los decretos reglamentarios de la ley declarada nula en sede del control judicial de constitucionalidad, así como en otros casos de legislación decretal directamente basada en ley cuya constitucionalidad haya sido derrumbada por el Supremo Tribunal Federal.

2.2. Declaración de nulidad parcial

Si existe la posibilidad de que la ley sea entendida como un conjunto de normas que incluyen disposiciones autónomas entre sí, el juez puede optar por una declaración de nulidad parcial y, entonces, eliminar sólo las disposiciones de la ley que estén en contraste con la Constitución. La teoría de la nulidad, al ser recibida ampliamente por el derecho constitucional brasileño - en particular, por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal - ha incorporado la divisibilidad de la ley como una herramienta teórica destinada al mantenimiento de la disposición legal, en los mismos términos puestos por el legislador, cuando no exista una relación de interdependencia entre la disposición declarada inconstitucional y cualquier otro texto normativo. Por tanto, será decretada la nulidad sólo de partes específicas del texto en cuestión, como se puede ver en la siguiente decisión donde fue declarada inconstitucional solamente parte de la segunda parte de un artículo de ley estadual incompatible con la Constitución Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO. C.F., art. 37, XIII. Lei Complementar nº 7, de 1991, com a redação da Lei Complementar nº 23, de 2002, do Estado de Alagoas. I. - Objetivando impedir majorações de vencimentos em cadeia, a Constituição Federal, art. 37, XIII, veda a vinculação ou equiparação de vencimentos para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. II. - Inconstitucionalidade de parte da segunda parte do

⁴ STF - Rp 1.379/MG - Relator Ministro Moreira Alves - Julgamento: 12/08/1987 - DJ: 11/09/1987.

art. 74 da Lei Complementar nº 7, de 1991, com a redação da Lei Complementar nº 23, de 2002, ambas do Estado de Alagoas. III. - Não obstante de constitucionalidade duvidosa a primeira parte do mencionado artigo 74, ocorre, no caso, a impossibilidade de sua apreciação, em obséquio ao "princípio do pedido" e por não ocorrer, na hipótese, o fenômeno da inconstitucionalidade por "arrastamento" ou "atração", já que o citado dispositivo legal não é dependente da norma declarada inconstitucional. ADI 2.653/MT, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 31.10.2003. IV. - ADI julgada procedente, em parte.⁵

Cabe señalar que la declaración de nulidad parcial encuentra un límite objetivo claramente definido: la voluntad del legislador. El papel del Supremo Tribunal Federal se ejerce como legislador negativo⁶, con poderes para eliminar las leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley que tienen defectos en su legitimidad constitucional. Si la Suprema Corte decreta la nulidad parcial de una ley y con eso termina por cambiar su sentido, entonces actuará como un legislador positivo, suprimiendo una facultad que es propia del Poder Legislativo o, eventualmente, de otro organismo o poder con tal competencia normativa específica. El respeto a la *mens legis* parece ser un límite objetivo a la capacidad decisoria del STF, determinando que, en caso de cualquier controversia sobre el sentido de la ley después de la declaración de la nulidad parcial, debemos optar por la nulidad total del acto normativo en cuestión, so pena de crearse una nueva ley no votada, o siquiera esperada, por cualquier legislador competente para hacerlo.

3. DECLARACIÓN PARCIAL DE NULIDAD SIN REDUCCIÓN DE TEXTO

La declaración parcial de nulidad sin reducción de texto es a menudo la técnica decisoria adoptada para instrumentalizar el método hermenéutico de la interpretación conforme a la Constitución - aunque existan controversias sobre el hecho de ser esta técnica hermenéutica o decisoria.⁷ El objetivo de la declaración parcial de nulidad sin reducción de texto es afirmar la constitucionalidad del acto normativo impugnado, una vez que sea aplicado de acuerdo con la interpretación dada por el Supremo Tribunal Federal. Esta decisión es similar a las decisiones interpretativas de rechazo en el derecho constitucional alemán, las cuales declaran la legitimidad constitucional del acto impugnado "desde que" o "en la medida en que" (*soweit*) interpretado en el sentido

⁵ STF - ADI 2895/AL - Relator Ministro Carlos Velloso - Julgamento: 02/02/2005 - DJ: 20/05/2005.

⁶ Sobre el concepto de "legislador negativo", ver Hans Kelsen. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (1981), pp. 150-155.

⁷ Sobre el debate en cuestión, recomendamos el nuestro "Considerações sobre a súmula vinculante nº 10: transformação definitiva da interpretação conforme à Constituição em técnica decisória?", in *Revista Interesse Público*, Vol. 57, 2009, pp. 99-114.

puesto por la Corte Constitucional en el dispositivo de su decisión, sin la necesidad de una posterior intervención por parte del legislador en el acto normativo que debería ser corregido en su legitimidad constitucional.⁸ La nulidad parcial (*Teilnichtigkeitserklärung*, en el derecho alemán) no es suficiente, ni siquiera en parte, para generar un decreto de nulidad de la norma impugnada. En suma, el dispositivo que podría estar viciado en su constitucionalidad continúa existiendo, siendo válido y surtiendo efectos positivos, pero estará condicionado a aplicarse sólo en el sentido dado por el STF.

La técnica decisoria de la declaración parcial de nulidad sin reducción de texto es aplicada por el Supremo Tribunal Federal, por ejemplo, como una manera de conservar las leyes fiscales que ofenden el principio de anterioridad: en vez de declarar nula toda la ley o parte de ella, se retira de sus posibilidades de incidencia las situaciones concretas que generarían ofensas contra ese principio.⁹ De este modo, la norma pasa a ser aplicable a todas las situaciones que originalmente preveía, excepto aquella específica

⁸ Sobre el tema, ver Wassilios Skouris. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*. Berlin: Duncker&Humblot, 1973; Dieter Grimm e Paul Kirschhof. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: studienauswahl*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997; Klaus Schlaich. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: Verlag C. H. Beck, 2001; Klaus Schlaich. "Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", in *Quaderni costituzionali*, Il Mulino, 1982, n. 3, pp. 557-592; Francesca Rescigno. "La giustizia costituzionale in Germania", in Marco Olivetti e Tania Groppi (a cura di). *La Giustizia Costituzionale in Europa*. Milano: Giuffrè, 2003; y también Héctor López Bofill. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

⁹ "EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. nº 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993." STF - ADI 939/DF - Relator Ministro Sydney Sanches - Julgamento: 15/12/1993 - DJ: 18/03/1994.

removida por el Supremo Tribunal Federal. La hipótesis de la incidencia de la norma inconstitucional impugnada deberá ser mencionada en la decisión, permitiendo así que sea fácilmente conocida por terceros.

Existe también la posibilidad de aplicar esta técnica decisoria en la concesión de medidas cautelares. La presencia de un *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* justifica la adopción de medidas cautelares que anticipe los posibles efectos de la declaración parcial de nulidad sin reducción de texto en la acción principal a la Suprema Corte, pero limitando tales efectos a la irretroactividad durante el juicio cautelar.¹⁰

4. DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY O ACTO NORMATIVO

Las decisiones declaratorias de constitucionalidad de una ley o acto normativo tomadas en sede de acción declaratoria de constitucionalidad, o también, inversamente, como consecuencia del rechazo de los méritos de la acción directa de inconstitucionalidad, constituyen una modalidad decisoria desproveída de mucha atención y problematización por parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia constitucional, especialmente en lo que se refiere a su concepción, naturaleza y efectos. La posición predominante ha sido en el sentido de aplicarle la misma condición y los mismos efectos de la decisión de procedencia en sede de acción directa de inconstitucionalidad, siguiendo así la orientación legal de los artículos 22 a 27 de la Ley n° 9.868/99. El doble efecto de la decisión, sea en sede de acción directa de inconstitucionalidad o de acción declaratoria de constitucionalidad, determina que la procedencia de esta última acción resulta en la declaración de la constitucionalidad del acto normativo en cuestión, mientras que la improcedencia de los méritos producirá la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, permitiéndonos concluir, por consiguiente, que se trataría de dos modalidades decisorias de igual naturaleza y efectos.

Sin embargo, algunas cuestiones concernientes a la eficacia y al caso de la ley aún constitucional merecen consideraciones adicionales.

4.1. Efectos de la decisión

La declaración de constitucionalidad produce eficacia vinculante, *erga omnes* y retroactiva.¹¹ Así, los efectos son generalmente los mismos de la declaración de

¹⁰ En tal sentido, ver STF - ADI-MC 491/AM - Relator Ministro Moreira Alves - Julgamento: 13/06/1991 - DJ: 25/10/1991; e STF - ADI-MC 1.045/DF - Relator Ministro Marco Aurélio - Julgamento: 25/03/1994 - DJ: 06/05/1994.

¹¹ Sobre la eficacia de las decisiones declaratorias de inconstitucionalidad, ver José Luís da Cruz Vilaça. *El control jurisdiccional de la constitucionalidad*. Madrid: Dykinson, 2005; Eduardo García

inconstitucionalidad en sede de control abstracto. Pero, mientras la declaración de inconstitucionalidad tiene el poder de producir la nulidad *ab initio* del acto normativo impugnado, la declaración de constitucionalidad, una vez afirmada en la decisión del Supremo Tribunal Federal, no disfrutará de la misma prerrogativa retroactiva.

De esto resultan las siguientes consecuencias:

(1) el legislador no será afectado en su actividad por la decisión que declaró la constitucionalidad de la norma;

(2) el efecto vinculante de dicha decisión se limitará a las autoridades judiciales, así como al Poder Ejecutivo;

(3) todas las demás normas que encuentran su fundamento de validez en el acto normativo impugnado también tendrán la posibilidad de ver cerradas las controversias judiciales acerca de posibles vicios en sus orígenes.

El hecho de que la decisión que declara la constitucionalidad de una norma determinada no sea aplicable también al Poder Legislativo es un primer trazo distintivo muy significativo en relación a la acción directa de inconstitucionalidad, ya que, en este caso, uno de los resultados inmediatos de la decisión de procedencia será la nulificación del acto normativo impugnado, aunque la eficacia general y el efecto vinculante de una decisión de la Suprema Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad lleguen solamente a los demás órganos del poder judicial y al poder ejecutivo; la decisión de inconstitucionalidad no posee legitimidad para llegar al poder legislativo: eso podrá editar nueva ley con contenido normativo idéntico, caso considere necesario, sin que, por eso, se pueda pensar en la aparición de cualquier ofensa contra la autoridad de tal decisión.¹² En pocas palabras, la declaración de procedencia tendrá como resultado mayor la afirmación de la validez de la norma impugnada y el consecuente encerramiento de las controversias judiciales existentes sobre su legitimidad constitucional, no produciendo,

de Enterría. "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", in *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 61, 1989, pp. 5-18; Christian Pestalozza. *Verfassungsprozessrecht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*. 3º ed. Munique: C. H. Beck, 1991; Ernest Friesenhahn. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Karl Heymanns Verlag, 1963, trad. it. *La Giurisdizione Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca*. Milano: Giuffrè, 1965; Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 16º edição. São Paulo: Malheiros, 2005; Daniel Sarmento. *O controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002; Stefano M. Cicconetti e Anderson V. Teixeira. *Jurisdição Constitucional Comparada*, cit.; y también Carlos Alberto Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

¹² Rcl-AgR 2.617/MG - Relator Ministro Cezar Peluso - Julgamento: 23/02/2005 - DJ: 20/05/2005.

sin embargo, cualquier efecto en su estructura normativa - a diferencia de lo que sucede con la decretación de nulidad resultante de la declaración de inconstitucionalidad de acto normativo -, pero sólo en el ámbito de su legitimidad.

Por otra parte, la decisión judicial que determine la improcedencia de una acción declaratoria de constitucionalidad, caso cuente con el voto de dos tercios de los jueces del Supremo Tribunal Federal, producirá los mismos efectos de una decretación de nulidad resultante de la procedencia de la acción directa de inconstitucionalidad.

4.2. El caso de la ley “aún constitucional”

Modo interesante de declaración de constitucionalidad - sea mediante la procedencia de una acción declaratoria de constitucionalidad o mediante la improcedencia de una acción directa de inconstitucionalidad - se puede ver en el caso de la ley “aún constitucional”. Se trata de una técnica decisoria que el Supremo adopta para tentar conservar la legitimidad constitucional del acto normativo impugnado, determinando que, aunque momentáneamente este acto no sufra de cualquier inconstitucionalidad, la ocurrencia de eventos futuros previstos por el programa normativo o, especialmente, la no ocurrencia de situaciones reales o normativas que fueran estipuladas como forma de asegurar su legitimidad constitucional, pueden dar lugar a un proceso gradual de inconstitucionalización de la norma en cuestión. A pesar de que esta técnica tenga como objetivo el mantenimiento del acto normativo dentro del orden jurídico, sus efectos no son tan onerosos como en los casos de declaración de nulidad parcial sin reducción de texto y de interpretación conforme a la Constitución, en los cuales la afirmación de la constitucionalidad de la norma exige la reducción de su significado o su base de incidencia. En el presente caso, la decisión tiene como objetivo informar al responsable del acto normativo impugnado que éste tiene una legitimidad constitucional contingente, pasible de vaciarse completamente al término de eventos siguientes a los que tal acto normativo busca regular, o a los cuales se encuentra inexorablemente vinculado.¹³

¹³ En tal sentido, ver la siguiente decisión: “Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se

De este modo, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal encuentra una forma de mantener un acto normativo defectuoso, pero cuyas imperfecciones no han causado la pérdida de su legitimidad constitucional. Sin embargo, no obedecer la orden de la Corte dará lugar a la “progresiva inconstitucionalización”¹⁴ de la norma impugnada, culminando posiblemente en la necesidad de decretación de su nulidad. En lugar de declarar determinado acto normativo constitucional o inconstitucional, el Supremo Tribunal Federal se pone la prerrogativa de elegir un punto intermediario que cause el menor impacto en términos de legitimidad constitucional y la menor intromisión posible en el espacio reservado al legislador.

5. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

De la idea de supremacía de la Constitución se puede extraer una presunción de validez en relación a todas las demás normas que de ella resultan y, por tanto, en la propia Constitución encuentran su fundamento último de legitimidad. Sin embargo, el carácter general y abstracto que es predominante en las normas jurídicas impide que toda la dimensión cognitiva que el intérprete de la norma encuentre en la realidad material pueda venir apriorísticamente abrazada en el enunciado de la norma, antes mismo de que esta entre en contacto con la realidad cuando sea aplicada por el intérprete. Esta limitación acaba por generar la posibilidad de que la norma encuentre, cuando aplicada, más que una sola forma de interpretación: una verdadera pluralidad de significaciones semánticas, conceptuales, y hasta ideológicas, que no hayan sido previstas en el procedimiento de creación legislativa. De esto se deduce que, incluso estando una norma de acuerdo con la Constitución, puede en un momento futuro surgir una posible interpretación que la ponga en conflicto con la norma constitucional. Como forma de asegurar la supremacía de la Constitución - y, por consecuencia, la presunción de validez de todas las normas que se derivan de ella - sin necesitar pasar por un proceso de análisis de la legitimidad constitucional de cada norma que presente eventual posibilidad de aplicación, que implicaría la inconstitucionalidad de la norma, fue desarrollada, inicialmente en la doctrina constitucional estadounidense del siglo XIX, el método hermenéutico de interpretación conforme a la Constitución.¹⁵

implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.” STF - Primeira Turma - RE 147.776/SP - Relator Ministro Sepúlveda Pertence - Julgamento: 19/05/1998 - DJ: 19/06/1998.

¹⁴ STF - Pleno - MI 58/DF - Relator Ministro Celso de Mello - Julgamento: 14/12/1990 - DJ: 19/04/1991.

¹⁵ Sobre la interpretación conforme a la Constitución, ver el clásico estudio de Harald Bogs. *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Beruecksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Stuttgart: Kohlhammer, 1966.

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal la utilización de esta técnica ha sido un medio para salvaguardar la norma impugnada y para eliminar solo la interpretación nociva a la legitimidad constitucional de la norma. Sin embargo, una confusión sobre la naturaleza de esta técnica en el Supremo estuvo rondando durante décadas: ¿sería una técnica interpretativa o una técnica decisoria? En paradigmático voto donde resultó una fuerte defensa de la última opción, el Ministro Moreira Alves dijo: “O princípio da interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.”¹⁶

En este mismo sentido, años después, en el voto del Ministro Sepúlveda Pertence la interpretación conforme fue definida como “técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição.”¹⁷

Al adoptar este posicionamiento, la Suprema Corte transformaba la interpretación conforme a la Constitución en un instrumento decisivo con efectos idénticos a la declaración parcial de nulidad sin reducción de texto. Pero la equiparación entre ambas presenta profundas dificultades no sólo teóricas, sino sobre todo prácticas. En primer lugar, no existe, en teoría, limitación en relación a cuales órganos del Poder Judicial pueden utilizar la interpretación conforme, mientras que la declaración parcial de nulidad sin reducción de texto es técnica decisoria característica del Supremo Tribunal Federal y solamente puede ser utilizada por los Tribunales inferiores caso respeten la regla del *full bench*, es decir, el artículo 97 de la Constitución brasileña, que otorga al órgano plenario o especial del Tribunal inferior la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto normativo con fuerza de ley. En segundo lugar, al declarar la inconstitucionalidad de una interpretación, la Suprema Corte no está diciendo que todas las demás interpretaciones posibles son inconstitucionales, pero sólo una interpretación específica, así como todos los demás que son análogos a ella. Lo que se declara inconstitucional no es la norma en sí, pero una posible interpretación que podría dar fin a la legitimidad constitucional de la norma. Por otro lado, la declaración parcial de nulidad sin reducción de texto va más allá de la sutileza que caracteriza la interpretación conforme a la Constitución (ésta que puede remover solamente un posible significado de una expresión, sin afectar cualquier hipótesis de la incidencia): la nulidad es expresamente declarada en relación a una hipótesis de la incidencia, afectando directamente la

¹⁶ STF - Rp 1417/DF - Relator Ministro Moreira Alves - Julgamento: 09/12/1987 - DJ: 15/04/1988.

¹⁷ STF - ADI 3046/SP - Relator Ministro Sepúlveda Pertence - Julgamento: 15/04/2004 - DJ: 28/05/2004.

estructura de la norma y a su programa normativo.¹⁸ Por ejemplo, la norma “A” se podría aplicar a los casos “X”, “Y” y “Z”, pero la hipótesis “Z” ofendía una disposición constitucional, de modo que su nulidad es decretada sin que sea eliminada del texto esta posibilidad, ya que, para la comprensión de las otras (“X” y “Y”) dentro de la sistemática de la norma, es necesario mantener la hipótesis “Z”.

En el caso de una interpretación conforme a la Constitución, lo que encuentra vicio en su legitimidad constitucional no es la norma en cuestión, sino la interpretación que pone en conflicto la norma y la Constitución, cabiendo así la eliminación de esta interpretación específica. Cabe señalar que la hipótesis de aplicación puede inclusive ser la misma, pues no se estará hablando de nulidad completa de la hipótesis, pero de una mera interpretación suya.

Cuanto a los límites a la utilización de la interpretación conforme, tienden a resumirse en dos: (1) respecto al significado literal de la ley y (2) al objetivo final que el legislador buscó al hacerla.¹⁹ Sobre el primer límite, es una prohibición para que el intérprete no utilice algún sentido que pueda ser contrario al texto de la norma jurídica, una vez que la interpretación conforme a la Constitución es una técnica de interpretación mediante la cual una posible interpretación es declarada constitucional, haciendo con que las otras interpretaciones especialmente ilegítimas que a ella están vinculadas también sean declaradas inconstitucionales; pero no puede ser considerada como una “técnica legislativa positiva” con el fin de reconstruir la norma y subvertir la condición de legislador negativo que es propia del Supremo Tribunal Federal. Sobre el segundo límite, impide que la interpretación considerada como conforme a la Constitución venga a desfigurar el sentido original de la ley (*mens legis*) que fuera concedido por el legislador durante el proceso legislativo; caso no existiera tal límite, más que el significado literal de la norma jurídica podría ser cambiado: su propio sentido teleológico podría ser conducido según las pretensiones del intérprete. Sin embargo, la jurisprudencia del STF no nos ofrece vasto material demostrando que la búsqueda de la *mens legis* sea - o ya fuera - una preocupación de la Corte, pues el primer límite, es decir, el significado literal, suele ser suficiente en sí mismo para impedir que una mayor distorsión de la norma se produzca.

20

¹⁸ En tal sentido, ver Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 354-355.

¹⁹ Ibidem, pp. 349-350. En tal sentido, ver también Klaus Schlaich. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: Verlag C. H. Beck, 2001, pp. 188-189; Luis Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 189-190.

²⁰ Sobre los límites a la interpretación conforme, ver Kart August Bettermann. *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren*. Heidelberg: C. H. Müller, 1986.

6. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SIN PRONUNCIACIÓN DE NULIDAD

Otra modalidad utilizada por el Supremo Tribunal Federal es la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciación de nulidad. Se trata de una decisión que tiene como objetivo afirmar la inconstitucionalidad de un acto normativo o de una omisión²¹, pero la decretación de nulidad de lo que fuera impugnado puede no ser de la jurisdicción del Supremo Tribunal Federal, así como puede ser absolutamente imposible, en virtud de la inexistencia de norma a ser nulificada.²²

La situación más antigua de utilización de esta técnica se puede ver en los casos de representación interventiva previstos en la tradición constitucional brasileña desde la Constitución de 1946.²³ Véase que no cabe al Supremo Tribunal Federal decretar la nulidad de un acto normativo o con fuerza de ley impugnado, pues los efectos de la declaración de procedencia de la representación interventiva en el Supremo serán *inter partes* (por ejemplo, entre la Unión y el Estado miembro), debiéndose concluir, entonces, que la decisión judicial que acoge el pedido de representación interventiva es de carácter declaratorio, debido al hecho de ser tanto el decreto de la intervención como la decisión política acerca de cómo va a ser aplicado, prerrogativas del Presidente de la República.²⁴

Otra posible aplicación de esta técnica decisoria se puede encontrar en los casos de declaración de inconstitucionalidad de omisión legislativa. El fundamento jurídico de esa modalidad de control jurisdiccional no es otro que “la garantía de la supremacía constitucional, de forma que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es

²¹ Para un estudio sobre la definición de omisión legislativa, ver Ignacio Menéndez Villaverde. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, y José Julio Fernández Rodríguez. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid: Civitas, 1998.

²² Sobre el tema, ver Gilmar Ferreira Mendes. “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei - *Unvereinbarkeitserklärung* - Na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã”, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Vol. 05.

²³ El Supremo Tribunal Federal apreciaba representación interventiva que fuese propuesta por el “Procurador-Geral da República” con fundamento en el artículo 7, VII, de la Constitución de 1946, es decir, en casos de ofensa a alguno de los “principios sensibles” previstos en el referido inciso: “a) forma republicana representativa; b) independéncia e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário.” El artículo 13 afirmaba que: “Nos casos do art. 7º, nº VII, observado o disposto no art. 8º, parágrafo único, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado.”

²⁴ Constitución brasileña de 1988, artículo 84, X.

sino la forma más radical de hacer valer esa supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes.”²⁵

Sin embargo, para un mejor enfoque, consideraremos, entonces, la decisión en función de los medios procesales por los cuales fue producida.

6.1. Las decisiones en sede de mandado de injunción

A pesar de que sea de eficacia *inter partes* la decisión que declara la inconstitucionalidad de una conducta omisiva del legislador en sede de mandado de injunción, tal limitación en el ámbito de las partes no impide que la decisión de procedencia resulte en la declaración de inconstitucionalidad de la omisión impugnada, cabiendo a la autoridad responsable por la creación de la norma ausente llenar este vacío con una norma que será válida para todos. Sin embargo, la decisión de procedencia del Supremo Tribunal Federal será de carácter mandamental²⁶ y no podrá ir más allá de los límites del *mandamus*, es decir, la Corte no puede figurar como un legislador positivo y por sí mismo producir la norma ausente. Su naturaleza en cuanto técnica decisoria es muy peculiar porque declara la inconstitucionalidad de la conducta omisiva, pero de eso no sigue el decreto de nulidad de norma alguna - incluso porque no existe ningún acto normativo en cuestión - y también no resulta en la determinación de una obligación de hacer que sea inmediatamente exigible, pues depende de un ulterior proceso legislativo al cuál el Poder Judicial no tiene ninguna injerencia.

Incluso en aquellas situaciones donde el dispositivo de la decisión determina la no aplicación de una norma que era utilizada para reglar la situación específica del requeriente, no se puede hablar en decretación de nulidad de las normas que hayan sido excluidas, ya que tales normas eran aplicadas tan solo en virtud de la inexistencia de norma adecuada. Lo mismo se puede decir al caso de los procedimientos administrativos y judiciales que son suspensos hasta que el acto normativo ausente sea producido, una vez que al requeriente debe ser dado el derecho de esperar por la norma más benéfica, de modo que no sea necesario declarar la nulidad de todos los procesos en curso y en

²⁵ Ignacio Menéndez Villaverde. *Op. cit.*, p. 119.

²⁶ “MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.” STF - MI 758/DF - Relator Ministro Marco Aurélio - Julgamento: 01/07/2008 - DJ: 26/09/2008. En el mismo sentido, ver el ya citado MI 107/DF.

los cuales él figure como parte interesada en determinado tema relacionado con la omisión en cuestión.²⁷

6.2. Decisiones en sede de acción directa de inconstitucionalidad por omisión

La primera y más significativa diferencia entre el mandado de injunción y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión es el hecho de que esta última, por ser un proceso objetivo, de carácter político y cuya finalidad máxima es la protección del interés público, producirá una decisión con eficacia vinculante *erga omnes*. Si no consideramos esta cuestión de la eficacia, la técnica decisoria adoptada en ambos instrumentos procesales presentará las mismas características esenciales.²⁸ La decretación de nulidad será también imposible, en virtud de la inexistencia de norma a nulificar.

Sin embargo, en caso de declaración de inconstitucionalidad por omisión parcial, se puede considerar, entonces, la hipótesis de que es necesario decretar la nulidad de toda norma o de partes que impliquen en la inconstitucionalidad de la laguna existente dentro de la norma reglamentaria que, aunque exista en el ordenamiento, se muestra incompleta en relación a las disposiciones constitucionales que debería respetar o dar aplicabilidad. Se podría pensar ser el caso de declarar primeramente la nulidad de la norma incompleta existente mediante acción directa de inconstitucionalidad, para que, en seguida, mediante una acción directa de inconstitucionalidad por omisión fuese posible tratar la omisión legislativa por completo, determinando que el legislador haga una norma en absoluto nueva y congruente con la disposición constitucional a ser reglamentada o realizada. Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal admite que en situaciones de omisión parcial donde exista una norma reglamentaria, pero si ésta se muestra incompleta a punto de determinar su ilegitimidad constitucional, pueda ser adoptada la fungibilidad entre la acción directa de inconstitucionalidad genérica y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, permitiendo que, en consecuencia, mediante la misma acción (por omisión) sea: (1) declarada la inconstitucionalidad de la omisión parcial y (2) decretada la nulidad de la norma existente cuya legitimidad constitucional fue maculada en virtud de tal omisión.²⁹

Otra situación de omisión también merece ser mencionada: la inconstitucionalidad circunstancial. La doctrina generalmente la llama inconstitucionalidad resultante de

²⁷ En tal sentido, ver Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, cit., p. 377.

²⁸ “IV - a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção.” STF - MI 670/ES - Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes- Julgamento: 25/10/2007 - DJ: 31/10/2008.

²⁹ En tal sentido, ver STF - ADIN 526/DF - Relator Ministro Sepúlveda Pertence - Julgamento: 12/12/1991 - DJ: 05/03/1993.

situaciones fácticas³⁰, pero esta es una situación sin precedentes en el control abstracto de constitucionalidad brasileño. Sin embargo, con la proposición de la acción directa de inconstitucionalidad nº 4068/DF³¹ podremos ver el STF manifestarse acerca de la legitimidad constitucional del artículo 16, § 1º, de la Ley nº 11.457/07.³² En pocas palabras, estaba en discusión un dispositivo legal que transfiere a la “Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional” competencias para hacer la cobranza de las deudas activas del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y por el “Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE)”, de modo que la inconstitucionalidad circunstancial sería resultante de (1) la existencia de una situación fáctica que no permite a la norma convertirse en norma efectiva en la realidad material y (2) situación de omisión que se crea en relación a la disposición constitucional que le confiere legitimidad y a los principios constitucionales que gravitan en torno de su efectividad. Aunque no presente *a priori* vicios formales o materiales en su legitimidad constitucional, la norma pasa a ser considerada circunstancialmente inconstitucional hasta que la Administración Pública tome las medidas necesarias para asegurar la aplicabilidad del acto normativo en cuestión, pues, al contrario, la falta de estructura institucional terminaría creando una situación similar a la omisión legislativa: aunque la norma exista, la imposibilidad de aplicarla en la realidad material hace de su condición en términos de eficacia muy semejante a la de una norma inexistente. Contrariamente a lo que ocurre con la norma “aún constitucional” en el presente caso la norma seguiría siendo inconstitucional, y se podría dar la declaración de inconstitucionalidad sin pronuncia de nulidad de la disposición legal y la consiguiente suspensión de su eficacia hasta que se apliquen las condiciones fácticas que permitan el cumplimiento de su programa normativo. Sin embargo, el gran desafío que el Supremo Tribunal Federal enfrentará en este caso no será sólo decidir sobre la constitucionalidad circunstancial de un único dispositivo legal, pero decidirlo de modo que no se abra un precedente a partir del cuál sea posible a todos plantear la inconstitucionalidad de cada norma que no encuentre en la

³⁰ Clèmerson Merlin Clève e Cláudia Honório. “Inconstitucionalidade decorrente de circunstâncias fácticas e a Administração Pública”, in *RDE - Revista de Direito do Estado*, Vol. 11, 2008, pp. 85-103.

³¹ STF - ADIN 4068/DF - Relatora Ministra Cármen Lúcia - Ajuizamento: 14/04/2008 (aunque sin juicio de mérito).

³² Ley nº 11.457/07, artículo 16: “A partir do 1º (primeiro) dia do 2º (segundo) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o débito original e seus acréscimos legais, além de outras multas previstas em lei, relativos às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º desta Lei, constituem dívida ativa da União.

§ 1º. A partir do 1º (primeiro) dia do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o disposto no caput deste artigo se estende à dívida ativa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE decorrente das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei.”

Administración Pública la estructura adecuada para su efectividad - ¡piense en lo qué sucedería en relación a los derechos fundamentales y a los derechos sociales!

6.3. La declaración de inconstitucionalidad limitativa o restrictiva

Desde la publicación de la Ley nº 9.868/99 ocurrió la introducción de un nuevo instrumento en el cuadro de los procedimientos de decisión adoptado por el Supremo Tribunal: la decisión de inconstitucionalidad con efectos limitados. El artículo 27 de la referida Ley establece que:

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.

Lo que se observa es una técnica decisoria que tiene por objeto atenuar el carácter absoluto de la potencial nulificación retroactiva que la declaración de inconstitucionalidad en sede de control abstracto puede asumir. Aun prevaleciendo en la jurisdicción constitucional brasileña la teoría de la nulidad de la norma inconstitucional, se destaca la irreversibilidad del hecho ya consumado con fundamento en acto normativo viciado en su legitimidad constitucional como un elemento a considerar para la definición de cuál eficacia se atribuye a la decretación de nulidad de la norma en cuestión.³³

A pesar de existir una previsión legal, el Supremo Tribunal Federal adoptó cautela y mantuvo en carácter de excepción la aplicación de eficacia *ex nunc* o de limitación de efectos a las declaraciones de inconstitucionalidad en sede de control abstracto. Téngase en cuenta que la primera decisión basada en el artículo 27 de la Ley nº 9.868/99 es de 2004:

1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”, contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do

³³ Sobre el tema de la modulación de efectos, ver Ana Paula Oliveira Ávila. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. 3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Ação julgada parcialmente procedente.³⁴

Cabe señalar además que la norma del artículo 27 permite al Supremo Tribunal Federal decidir acerca de los posibles efectos de repristinación de la declaración de inconstitucionalidad. Aunque el requeriente no se haya manifestado sobre esta cuestión, las mismas razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social que justifiquen la adopción de decisiones con eficacia *ex nunc* también pueden ser aplicadas como un modo de limitación de los efectos de repristinación.³⁵

En suma, la restricción de efectos prevista en el referido artículo 27 puede ser realizada por el Supremo Tribunal Federal básicamente mediante una de las siguientes modalidades de declaración de inconstitucionalidad:³⁶

(1) con eficacia *ex nunc*, que comenzará sólo después de la decisión final e inapelable, debiendo mencionar la existencia o no de efectos de repristinación;

(2) con eficacia *pro futuro*, que se iniciará sólo después de un plazo definido por la propia decisión, debiendo mencionar la existencia o no de efectos de repristinación; la decisión quedará en suspenso hasta la expiración del plazo establecido en la decisión;

(3) sin pronunciación de nulidad, dándose la suspensión del acto normativo y de los procesos pendientes hasta que el legislador se manifieste, en un plazo razonable, sobre la situación de inconstitucionalidad que envuelve norma de su responsabilidad.

(4) con eficacia *ex tunc*, pero preservando ciertas situaciones previstas en la decisión.

³⁴ STF - ADIN 3.022/RS - Relator Ministro Joaquim Barbosa - Juicio: 02/08/2004 - DJ: 04/03/2005.

³⁵ “Ademais, a exigência de impugnação de toda a cadeia normativa supostamente inconstitucional, com o objetivo de se evitar o indesejado efeito repristinatório da legislação anterior eivada dos mesmos vícios, pode até mesmo ser relativizada, tendo em vista que o Tribunal sempre poderá deliberar a respeito da modulação do próprio efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. O art. 27 da Lei nº 9.868/99, deixa aberta essa possibilidade, e o § 2 do art. 11 dessa lei, na hipótese de medida cautelar, permite, de forma expressa, que o Tribunal mitigue o efeito repristinatório da decisão.” STF - ADIN 3.660/DF - Relator Ministro Gilmar Mendes - Julgamento: 13/03/2008 - DJ: 09/05/2008.

³⁶ Cfr. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, cit., p. 395.

7. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Esperamos haber presentado sintéticamente un panorama general de las principales técnicas decisorias utilizadas por el Supremo Tribunal Federal brasileño en los procesos de control de constitucionalidad, especialmente en el caso del control abstracto. Por ser un sistema influenciado por las tradiciones constitucionales estadounidense y europeo continental, el modelo de control de legitimidad constitucional de Brasil heredó diferentes institutos y expedientes tanto de los modelos del *common law* como de los que pertenecen a la matriz romano-germánica, de modo que el tema examinado hasta ahora refleja claramente ese “mestizaje” que tuvo lugar en la formación y desarrollo en curso del derecho constitucional brasileño. Lo que podría ser considerado como un fallo o una deficiencia funcional de este sistema, termina constituyéndose, al contrario, en característica fundamental para la constante actualización y perfeccionamiento de un modelo que asume una condición cada vez más prominente en términos de derecho y justicia constitucional comparadas.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Interpretação e aplicação da Constituição. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BETTERMANN, Kart August. *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren*. Heidelberg: C. H. Müller, 1986.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOFILL, Héctor López. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BOGS, Harald. *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Beruecksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Stuttgart: Kohlhammer, 1966.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

CICCONETTI, Stefano M.; TEIXEIRA, Anderson V. *Jurisdição Constitucional Comparada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; HONÓRIO, Cláudia. "Inconstitucionalidade decorrente de circunstâncias fáticas e a Administração Pública", in RDE - Revista de Direito do Estado, v. 11, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2006.

"Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", in *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 61, 1989, pp. 5-18.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIESENHAHN, Ernest. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Karl Heymanns Verlag, 1963, trad. it. *La Giurisdizione Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca*. Milano: Giuffrè, 1965.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIMM, Dieter; KIRCHHOF, Paul. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: studienauswahl*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (1981).

Teoria Pura do Direito. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (1934).

MENDES, Gilmar F. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

"A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei - *Unvereinbarkeitserklärung* - Na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã", in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Vol. 05.

OLIVEIRA, Marcelo A. C. de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 1991.

RESCIGNO, Francesca. "La giustizia costituzionale in Germania", in OLIVETTI, Marco e GROPPi, Tania (a cura di). *La Giustizia Costituzionale in Europa*. Milano: Giuffrè, 2003.

RODRIGUEZ, José Julio Fernández. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid: Civitas, 1998.

SARMENTO, Daniel. *O controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: Verlag C. H. Beck, 2001.

“Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, in *Quaderni costituzionali*, Il Mulino, 1982, n. 3, pp. 557-592.

SCHMITT, Carl. *Il custode della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981 (1931).

Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza, 2001 (1928).

SKOURIS, Wassilios. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*. Berlin: Duncker&Humblot, 1973.

SILVA, Virgílio Afonso da (coord.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, Anderson V. “Considerações sobre a súmula vinculante nº 10: transformação definitiva da interpretação conforme à Constituição em técnica decisória?”, in *Revista Interesse Público*, Vol. 57, 2009, pp. 99-114.

VIEITO, Aurélio A. V. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VILAÇA, José Luís da Cruz. *El control jurisdiccional de la constitucionalidad*. Madrid: Dykinson, 2005.

VILLAVARDE, Ignacio Menéndez. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

ZOLO, Danilo. *I signori della pace*. Roma: Carocci, 1988.