

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO**

**LUIS CLOVIS MACHADO DA ROCHA JUNIOR**

**A SUPERAÇÃO DA REGRA DA INVALIDADE EX TUNC DO ATO  
INCONSTITUCIONAL: CRITÉRIOS FORMAIS E MATERIAIS PARA A  
MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS**

Porto Alegre (RS)  
2009

**LUIS CLOVIS MACHADO DA ROCHA JUNIOR**

**A SUPERAÇÃO DA REGRA DA INVALIDADE EX TUNC DO ATO  
INCONSTITUCIONAL: CRITÉRIOS FORMAIS E MATERIAIS PARA A  
MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, área de concentração em Direito do Estado, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Dr. Humberto Bergmann Ávila

Porto Alegre (RS)  
2009

## FOLHA DE APROVAÇÃO

## **AGRADECIMENTOS**

Não foi fácil iniciar, organizar e concluir este trabalho, que, aliás, mesmo terminado, não está totalmente pronto. Muitas pessoas, contudo, tornaram mais leve e suportável essa caminhada e, assim, merecem meu reconhecimento.

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul e aos seus servidores, principalmente do Programa de Pós Graduação em Direito, porque proporcionam uma graduação e pós-graduação pública, gratuita e de qualidade, da qual fui aluno, com grande orgulho.

Aos colegas e amigos do Tribunal de Justiça, ao tempo em que lá estive, meu muito obrigado pela ouvida paciente das minhas idéias, pela crítica, pelo questionamento e pela palavra de conforto.

Aos meus irmãos de estrada, amigos e amigas, que sempre tiveram uma palavra de estímulo, quando cansado, eu pensava em desistir.

Aos professores, em especial, Prof Humberto Ávila, orientador, por ter despertado provocativamente a inquietude intelectual neste aluno, em face de uma doutrina mais contemplativa do que resolutiva dos problemas jurídicos.

A minha família. Sim, minha amada família – Pai, Mãe, Mano e Mana - fonte de inesgotável carinho, de apoio incondicional e de cobrança, quando necessário. Jamais esquecerei a frase – “termina logo essa tua dissertação, não deixa pra depois”. Luis Machado, Janete, Vicente e Ana, vocês sempre foram o meu maior estímulo, com confiança no meu sucesso, o meu mais profundo, sincero e intenso obrigado. O sonho desse projeto não existiria sem vocês.

Finalmente, a Deus - amor infinito, força e beleza, Grande Arquiteto do Universo – razão maior por que tudo é, foi e sempre será.

## RESUMO

Este trabalho estuda e define a norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional e os critérios formais e materiais de superação desta norma-regra, a partir da interpretação do art. 27 da Lei 9.868 de 1999. Diferenciam-se a inconstitucionalidade (vício) e invalidade (sanção) como dois momentos distintos no controle de constitucionalidade. Distinguem-se as diversas sanções à inconstitucionalidade, destacando a sanção de invalidade, a qual incide apenas sobre o ato inconstitucional, com ordinária eficácia temporal *ex tunc*. A sanção é norma jurídica fundamentada na própria norma constitucional violada, dirigida ao julgador com o conteúdo de invalidar os efeitos jurídicos e fáticos do ato inconstitucional, daí a dispensabilidade de se discutir se se trata de nulidade ou de anulabilidade. É norma-regra, e não princípio jurídico, porque contém um mandamento descrito, de caráter imediatamente comportamental, cujo fim imediato é reafirmar a validade, vigência e eficácia da norma constitucional violada e o fim mediato é reafirmar a supremacia da Constituição. Analisa-se comparativamente a doutrina e a jurisprudência do Direito Americano e Português sobre a modulação dos efeitos da sanção. Posteriormente, a partir do Supremo Tribunal Federal, apresenta-se uma nova compreensão para a supremacia da Constituição, destacando a aptidão dos direitos fundamentais para co-incidirem sobre atos inconstitucionais, preservando certas realidades. Finalmente, constroem-se interpretações da segurança jurídica e do excepcional interesse social, para as qualificar como normas de direito fundamental que poderão incidir no controle de constitucionalidade, justificando a excepcionalização da regra invalidatória. A superação da regra observa requisitos formais e materiais. Ao final, analisam-se decisões do STF que corroboram as idéias apresentadas.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Inconstitucionalidade. Modulação de efeitos. Sanção. Invalidade. Superação da regra. Requisitos.

## ABSTRACT

This dissertation examines and defines the rule-sanction of nullity over the unconstitutional act and the formal and materials criteria for overcoming this standard-rule, starting from the interpretation of art. 27 of 9868 statute, passed in 1999. It differs unconstitutionality (the defect) and invalid (the sanction) as a two distinct moments in the judicial review (control of constitutionality). A distinction of the various sanctions to the unconstitutional is made, particularly giving attention to the sanction of nullity, which deals only with unconstitutional acts, with an ordinarily *ex tunc* temporal effects (retroactivity). The sanction is based on the efficacy of violated constitutional norm itself, and is a norm directed to the judge in order to invalidate retroactively the content of real and legal effects caused by unconstitutional act. Then it's unnecessary to discuss the qualification (cancellation or revocation). Sanction-norm is a standard-rule, not a legal principle, because it contains a precisely behavior commandment, immediately binding, which is devoted, as an immediate end, to reaffirm the validity, the binding and the effectiveness of the violated constitutional order and, as a mediate end, to reaffirm the supremacy of the Constitution. The work analyzes doctrine and jurisprudence of American law and Portuguese Law on the modulation of the effects of invalidity sanctions. Subsequently, from the Supreme Court point of view, the dissertation presents a new understanding for the supremacy of the Constitution, stressing the ability of fundamental rights to co-relate over unconstitutional acts, preserving certain realities. Finally, it build up interpretations of "legal certainty" and the "exceptional social interests", two legal terms, in order to qualify them as a fundamental right norm that can guide the control of constitutionality, offering reasons for the overruling of rules. The overruling process needs formal and material requirements. In the end, STF's decisions are analyzed aiming to corroborate the ideas presented.

Key words. Judicial review. Unconstitucional act. Overruling the rule of invalidity. Sanction. Formal and material requirements.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
PARTE I - RECONSTRUINDO A REGRA DA INVALIDAÇÃO RETROATIVA DA NORMA INCONSTITUCIONAL .....	13
CAPÍTULO 1 - A CISÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE: JUÍZO E SANÇÃO À INCONSTITUCIONALIDADE COMO ELEMENTOS DISTINTOS .....	13
1.1 Juízo de inconstitucionalidade .....	16
CAPÍTULO 2 - A SANÇÃO À INCONSTITUCIONALIDADE .....	22
2.1 A sanção de invalidade do ato inconstitucional e o seu caráter de norma jurídica autônoma .....	26
2.2 Os efeitos temporais da sanção de invalidade do ato inconstitucional .....	30
2.2.1 Compreensão teórica-dogmática da sanção sobre o ato inconstitucional e sua crítica .....	31
2.2.1.1 A sanção de inexistência do ato inconstitucional .....	31
2.2.1.2 A sanção de invalidade do ato normativo inconstitucional .....	35
2.2.1.2.1 Ainda uma vez o dilema entre nulidade ( <i>ex tunc</i> ) e anulabilidade ( <i>ex nunc</i> ) da lei inconstitucional .....	35
2.2.2 Proposta de compreensão pragmática-sistemática da sanção de invalidade do ato inconstitucional .....	41
2.3 A classificação do conteúdo da sanção de invalidade do ato inconstitucional: regra ou princípio jurídico .....	45
2.3.1 O caráter de princípio jurídico atribuído à sanção de invalidação do ato inconstitucional .....	46
2.3.2.1 Começo de conversa: razões para a recusa de caráter de norma-princípio à sanção de invalidade do ato inconstitucional .....	48
2.3.2 A fundamentação jurídica da regra da eficácia <i>ex tunc</i> da sanção de invalidade do ato inconstitucional .....	57
PARTE II - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA SANÇÃO DE INVALIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL .....	61
CAPÍTULO 1 - ALGUMAS PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO PÁTRIO .....	61
1.1 Por que superar a regra da eficácia <i>ex tunc</i> da sanção de invalidade .....	62
1.2 A experiência do direito americano e a sua apreciação crítica .....	64
1.3 A experiência do direito português e sua apreciação crítica .....	70
1.4 As propostas doutrinárias no direito brasileiro .....	71
PARTE III – UMA PROPOSTA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA SANÇÃO DE INVALIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL .....	74
CAPÍTULO 1 - A REALIZAÇÃO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO POR MEIO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SANÇÃO DE INVALIDADE <i>EX TUNC</i> – CONCILIAÇÃO DE IDÉIAS .....	74
1.1 O princípio da supremacia da constituição em sua tradição .....	74
1.2 Da restrição de efeitos temporais da norma-sanção de invalidade do ato	

inconstitucional como instrumento de realização da supremacia constitucional: revisitando a supremacia da Constituição ..... 77

CAPÍTULO 2 - A CO-INCIDÊNCIA DE DETERMINADAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A REALIDADE JURÍDICA E FÁTICA CRIADA PELO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL.....	89
2.1 As eficácias dos atos normativos como atos jurídicos estatais e a incidência simultânea das normas de direito fundamental.....	89
2.1.1 As eficácias dos atos normativos em geral.....	90
2.1.2 Da co-incidência das normas jurídicas: a preservação dos efeitos do ato inconstitucional como produto da eficácia das normas de direitos fundamentais ....	93
2.1.3 Da vinculação dos poderes públicos à realização, à promoção e à proteção das normas de direitos fundamentais como razão para considerar sua co-incidência e aplicação da regra da invalidação <i>ex tunc</i> do ato inconstitucional .....	97
2.1.4 A forma de co-incidência dos direitos fundamentais sobre os atos normativos objeto do controle de constitucionalidade .....	103

CAPÍTULO 3 - A ESPECIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS CO-INCIDENTES: ENTENDENDO A SEGURANÇA JURÍDICA E O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	105
3.1 A segurança jurídica como direito fundamental .....	105
3.1.1 Da segurança à segurança jurídica .....	105
3.1.2 A norma de direito fundamental da segurança jurídica.....	107
3.1.3 Conteúdo do dever-ser e eficácia do princípio da segurança jurídica: segurança jurídica em sentido objetivo e em sentido subjetivo .....	110
3.1.3.1 O conteúdo da norma de direito fundamental da segurança jurídica em sentido objetivo .....	110
3.1.3.2 O conteúdo da norma de direito fundamental da segurança jurídica no sentido subjetivo – a proteção à confiança .....	114
3.2 O excepcional interesse social como norma de direito fundamental realizada pelos efeitos do ato inconstitucional.....	118

PARTE IV - UMA PROPOSTA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA INVALIDAÇÃO COMO TÉCNICA DE SUPERAÇÃO DA REGRA DA INVALIDADE <i>EX TUNC</i> DO ATO INCONSTITUCIONAL .....	123
---	-----

CAPITULO 1 - SUPERANDO A REGRA DA INVALIDAÇÃO <i>EX TUNC</i> DO ATO INCONSTITUCIONAL – CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	123
---	-----

CAPÍTULO 2 - REQUISITOS FORMAIS E PROCEDIMENTAIS PARA A SUPERAÇÃO DA REGRA DE INVALIDAÇÃO <i>EX TUNC</i> .....	127
2.1 Quórum de votação de 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal.....	127
2.2 Juízo de inconstitucionalidade de norma pós-constitucional.....	128
2.3 (Im)possibilidade de acolhimento do pedido de modulação dos efeitos da sanção de invalidade apenas apresentadas no recurso de embargos de declaração.....	132
2.4 Natureza jurídica das razões invocadas para a superação da norma-regra da eficácia retroativa da sanção de invalidade.....	147



CAPÍTULO 3 - REQUISITOS MATERIAIS PARA A SUPERAÇÃO DA REGRA DA INVALIDIDADE RETROATIVA.....	148
3.1 A superação das normas - regras jurídicas .....	148
3.2 Os postulados normativos como instrumentos para a superação da norma-sanção de invalidade retroativa e para a redefinição do alcance da sanção.....	149
3.2.1 A razoabilidade-equidade e o rompimento das razões entricheiradas da regra da invalidade <i>ex tunc</i> do ato inconstitucional .....	151
3.2.1.1 Iter argumentativo de superação da regra da invalidade <i>ex tunc</i> do ato Inconstitucional.....	153
3.3 A proporcionalidade como postulado normativo redefinidor da nova eficácia temporal da norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional .....	157
3.3.1 Parâmetros preferenciais na ponderação, enquanto subelemento do juízo de proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) e determinação do alcance dos efeitos da sanção de invalidade .....	163
CAPÍTULO 4 CASUÍSTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ACEITABILIDADE DO MODELO PROPOSTO .....	166
4.1 O Supremo Tribunal Federal e a superação da regra da invalidade <i>ex tunc</i> por meio da promoção do princípio da segurança jurídica em sentido objetivo e em sentido subjetivo.....	166
4.1.1 Segurança jurídica em sentido objetivo.....	166
4.1.1.1 Criação de municípios – fato político estabilizado e faticamente imutável... 167	
4.1.1.2 Critérios para definição do número de vereadores – fato político e institucional estabilizado e inalterável .....	173
4.1.2 A segurança jurídica em sentido subjetivo.....	175
4.1.2.1 O provimento de cargos públicos de forma inconstitucional e a preservação dos efeitos dos atos inconstitucionais - RE nº 442.683-8.....	176
4.1.2.2 Remuneração de servidores e pagamentos de vantagens patrimoniais – RE nº 122.202/06 - vantagens patrimoniais inconstitucionais .....	178
4.2 O Supremo Tribunal Federal e os excepcionais interesses sociais que autorizam a superação da regra da invalidade <i>ex tunc</i> do ato inconstitucional .....	180
4.2.1 A proteção ao devido processo legal como excepcional interesse social.....	180
4.2.2 Direito de acesso ao judiciário e assistência aos necessitados - caso da ADI nº 3819-2/MG .....	184
4.2.3 Questões orçamentárias e financeiras dos entes políticos como excepcional interesse social a ser conciliado.....	187
CONCLUSÃO.....	191
REFERÊNCIAS.....	202

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura responder à seguinte indagação: como deverá ser a limitação dos efeitos temporais da invalidação do ato normativo, decorrente da sanção à inconstitucionalidade – e a partir de que critérios.

Para esse fim, foi utilizado o método de pesquisa jurisprudencial nos Tribunais Superiores, em primeiro lugar, observando as distinções e a aplicação dos conceitos. Em segundo lugar, a pesquisa centrou-se na doutrina sobre a matéria, dando prosseguimento aos trabalhos realizados durante a frequência aos créditos obrigatórios do curso de mestrado.

Esta pesquisa está estruturada em quatro partes.

A primeira delas trabalha a distinção entre o juízo de inconstitucionalidade (vício) e a sanção à inconstitucionalidade, com as suas definições conceituais, a fim de debelar a confusão histórica reinante entre o vício e a norma-sanção. Pretende-se demonstrar a natureza e o fundamento da norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional, além da sua eficácia temporal, determinando a sua hipótese de incidência e distinguindo-a de outras sanções, constitucionalmente possíveis, à inconstitucionalidade.

No capítulo primeiro, o objetivo é desmitificar a correspondência entre inconstitucionalidade e nulidade ou inconstitucionalidade e anulabilidade. Inconstitucionalidade é conceito formal, que demonstra o vício no ato ou na omissão estatal, o qual reclama, entre outras possíveis sanções, a invalidação. Daí a distinção entre inconstitucionalidade e invalidade.

No segundo capítulo trabalha-se a diferenciação entre as sanções à inconstitucionalidade (invalidade, intervenção, mora legislativa) todas decorrentes da validade e da vigência da(s) norma(s) constitucionais violadas. Logo após, o caráter normativo da sanção à inconstitucionalidade denominada invalidação. Comparam-se as alternativas de sanção (inexistência, invalidade (nulidade e anulabilidade), para concluir-se que a inexistência é inadequada e que nulidade e anulabilidade, a rigor, não são contrapostas quanto à eficácia retroativa (ambas são, em geral, temporalmente retroativas) e implicam a ineficácia.

A seguir a invalidação é tratada do ponto de vista pragmático-sistemático, assim denominado porque não se analisa o conceito doutrinário da invalidação (se é anulabilidade ou nulidade), mas a sua funcionalidade que determina o desfazimento,

retroativamente, dos efeitos fáticos e jurídicos do ato inconstitucional. Então, esclarecido o caráter normativo e conteúdo normativo da sanção, estuda-se a definição da espécie normativa que mais se coaduna com a invalidação: regra ou princípio jurídico. Pretende-se justificar que a invalidação é norma-regra com efeitos ordinariamente retroativos (*ex tunc*), direcionada ao julgador, como instrumento de afirmação da validade, da vigência e da eficácia das normas constitucionais, isoladamente consideradas. Portanto, a modulação de efeitos é fenômeno de superação de regra jurídica.

A segunda parte estuda as propostas doutrinárias sobre a modulação de efeitos nos Estados Unidos e em Portugal, além do Direito Brasileiro, enfocando tão-somente os mecanismos de resolução do problema. Tais experiências não podem, por si, justificar a prática no Brasil e nem, simplesmente, embasar as decisões judiciais aqui prolatadas, mas precisam ser estudadas.

Destaca-se o caráter político das decisões nos EUA e a existência de regulação expressa na Constituição Portuguesa a respeito da matéria, por exemplo, como diferenças a serem consideradas para o Direito Brasileiro. Ao final desta parte, apresentam-se as propostas doutrinárias nacionais que fundamentam alternativas de decisão e não simplesmente descrevem o fenômeno, diferenciando-se a presente proposta porquanto, primeiro, defende-se que a modulação necessita da demonstração da excepcionalidade do caso, antes de se recorrer à ponderação ou à proporcionalidade. Por segundo, como se trata de superação de norma-regra, impõem-se requisitos formais, além dos previstos no art. 27 da Lei 9.869/99, e materiais, tudo em conformidade com as decisões do STF.

A terceira parte é vinculada à defesa da finalidade da modulação dos efeitos temporais da invalidação, pela re-compreensão do postulado da supremacia da Constituição, pela defesa de que os atos normativos estatais, mesmo inválidos, atraem consigo a incidência das normas de direitos fundamentais atribuídas, materializadas pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social, e que elas devem ser consideradas nas decisões em controle de constitucionalidade.

Inicia-se a apresentação de uma proposta que justifique a modulação temporal dos efeitos invalidatórios. No Capítulo 1 tenta-se reconciliar o postulado da supremacia da Constituição com a técnica de superação da norma-regra de invalidade *ex tunc*, para a realização de outras normas constitucionais; no Capítulo 2 essas normas constitucionais são devidamente identificadas como normas de direito

fundamental, co-incidentes sobre o mesmo pressuposto fático da realidade-base do ato inconstitucional e que são resumidas pelo legislador em segurança jurídica e em excepcional interesse social; no Capítulo 3 são apresentadas e justificadas as normas de direito fundamental atribuídas (adstritas) consistentes na segurança jurídica em sentido objetivo e em sentido subjetivo (proteção á confiança) e, ainda, o excepcional interesse social, capazes de co-incidirem sobre o suporte fático do próprio ato inconstitucional.

Finalmente, na quarta parte apresenta-se uma proposta para justificar a modulação dos efeitos da invalidade, com a formulação de requisitos formais e materiais para tal fim. A sistemática de modulação dos efeitos é apresentada com a distinção entre requisitos formais-procedimentais e requisitos materiais de superação da norma-regra da invalidade *ex tunc*.

Nos requisitos formais (Capítulo 2) visa-se a delimitar os pressupostos da modulação (juízo de inconstitucionalidade de norma pós-constitucional, quorum de 2/3 dos ministros, natureza das razões invocadas para a modulação) e, ainda, enfrenta-se o problema da admissibilidade ou não do pleito de modulação de efeitos em sede de embargos de declaração.

Nos requisitos materiais (Capítulo 3) apresentam-se os requisitos materiais que compreendem:

a) excepcionalização da norma-regra pela incidência do postulado normativo da razoabilidade-eqüidade, em face da excepcionalidade e particularidade da medida. Considera-se que a inaplicação da regra da nulidade, embora possa não realizar o fim imediato (restaurar a norma constitucional) realiza o seu fim mediato (supremacia da Constituição);

b) após o rompimento das razões para cumprimento da norma-regra, segundo um *iter* argumentativo que destaca pressupostos do próprio STF em suas decisões de modulação de efeitos, analisa-se o controle das opções temporais de modulação, sendo o juízo de proporcionalidade;

c) o juízo de proporcionalidade permite a redefinição da eficácia temporal da invalidade, especialmente no juízo de proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, no qual há uma prevalência constitucionalmente delineada em prol da proteção dos direitos fundamentais.

Finalmente, então, analisamos a proposta na jurisprudência do C. STF, destacando, nos precedentes, como se justificaria a superação da regra da invalidação *ex tunc*.

## PARTE I - RECONSTRUINDO A REGRA DA INVALIDAÇÃO RETROATIVA DA NORMA INCONSTITUCIONAL

### CAPÍTULO 1 - A CISÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE: JUÍZO E SANÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO ELEMENTOS DISTINTOS

A modulação dos efeitos temporais da invalidade do ato inconstitucional pressupõe a distinção entre a situação de contrariedade à norma constitucional (vício de inconstitucionalidade) e a eliminação desta situação (sanção de inconstitucionalidade).

Historicamente, inconstitucionalidade e nulidade foram entendidas como conceitos idênticos<sup>1</sup>, ontologicamente indistinguíveis<sup>2</sup> e equivalentes<sup>3</sup>, dando ensejo ao que se convencionou chamar “dogma da nulidade da lei inconstitucional”<sup>4</sup>. O Supremo Tribunal Federal assim sempre entendeu<sup>5</sup>.

Atualmente, entretanto, em face das exigências de enfrentar o tema da modulação dos efeitos temporais da sanção à inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal vê-se compelido a dissociar os conceitos, ou seja, o vício de inconstitucionalidade não se confunde com a sanção à inconstitucionalidade<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> “A inconstitucionalidade importa nulidade.” (BARBOSA, Ruy. **A constituição e os actos inconstitucionales do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1936).

<sup>2</sup> “A inconstitucionalidade não é, no direito brasileiro, uma sanção que, aplicada pelo órgão competente, transforma um ato válido em inválido, como ocorre no sistema austríaco, onde a lei inconstitucional a todos obriga – mesmo aos juízes – até a declaração de sua inconstitucionalidade pela Corte Constitucional. No direito brasileiro, a inconstitucionalidade é vício intrínseco a qualquer regra contrária à Constituição, dele decorrendo a invalidade, *ab initio*, da norma viciada.” (GALLOTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 170, p. 17-32, out. dez 1987. p. 24-25). No mesmo sentido, BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano V, v. 22, n. 22, p. 80-81, out./dez 1972.

<sup>3</sup> Equiparando conceitos de inconstitucionalidade e de nulidade (invalidade): “Já sabemos que a inconstitucionalidade é uma decorrência da invalidade normativa [...]. Assim, identificado o vício, este órgão a sancionará com a nulidade, ou melhor, com a inconstitucionalidade, o que nos leva a afastar a dicotomia acima citada, por considerar que, no campo do direito constitucional, ela não pode vigorar – já que, uma vez identificada a não concordância da norma inferior com os ditames constitucionais, não haverá possibilidade de se fazer tal diferenciação de graduação entre uma nulidade absoluta e uma relativa, pois a norma, assim viciada, padece de um só nível de invalidade, isto é, a inconstitucionalidade.” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 157).

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>5</sup> Galloti (op. cit., p. 24-25), também equipara inconstitucionalidade e nulidade.

<sup>6</sup> Adota-se neste trabalho a distinção entre vício e sanção - já presente na literatura nacional - por três razões.

Em primeiro lugar, essa distinção se coaduna com a teoria geral das invalidades jurídicas

A doutrina brasileira, antes mesmo do entendimento do STF albergar tal construção, já admitia a distinção entre vício<sup>7-8</sup> e sanção de inconstitucionalidade, impingida pela necessidade de explicar as situações em que a violação a uma norma constitucional não implicava a invalidade de um ato normativo, como, por exemplo, na inconstitucionalidade por omissão.

Nessa senda, uma distinção entre inconstitucionalidade e sanção de inconstitucionalidade é justificável a partir da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na hipótese da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva há inconstitucionalidade sem a decretação da sanção de invalidade (invalidação do ato)

utilizadas no Direito Privado, embora com algumas alterações – relativas à admissão ou não do termo “sanção”, aplicáveis também Direito Público – Administrativo ou Constitucional. Ver, por todos, no Direito Privado: MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. No Direito Público: REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. Capítulo V.

Em segundo lugar, é mais funcional a distinção entre o vício de inconstitucionalidade e a sanção. Permite-se compreender adequadamente a separação do processo: 1. de verificação da inconstitucionalidade [contrariedade à norma constitucional, por antinomia (inconstitucionalidade material) ou por descumprimento (inconstitucionalidade formal)] e 2. de “eliminação” da inconstitucionalidade, mediante a sanção. A sanção é momento posterior lógica e temporalmente ao vício.

Em terceiro lugar, inconstitucionalidade não é sinônimo de nulidade, mas de ilicitude, de contrariedade ao Direito (à norma constitucional, no caso) que deve ser tornada inválida. Embora existam respeitáveis entendimentos em sentido contrário, admitindo que inconstitucionalidade equipara-se à nulidade, uma questão lógica e outra deontica impedem tal equiparação.

**A questão lógica:** Um ato não pode ser algo e ter como qualidade o conteúdo deste mesmo ser algo (predicado): Se o ato inconstitucional é nulo a qualidade de nulo é do ato inconstitucional - o ato inconstitucional deve pré-existir à qualidade que lhe é imputada (nulo).

**A questão deontica:** O Direito é imputacional, no sentido de que os atos do mundo real, ou do mundo cognoscível não estão pré-determinados para serem descobertos e estudados, mas apenas são juridicamente compreensíveis quando lhes são imputadas qualidades que o qualificam (dever-ser). Assim, “o só fato da contradição (entre duas normas) não anula ambas as normas. Nem a lei de não-contradição, que é lei lógica e não norma jurídica, não indicará qual das duas normas contradizente prevalece. É necessária norma que indique como resolver a antinomia [...]” (VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen (normas jurídica/proposição jurídica). In: **Revista Nomos**, Fortaleza, n. 4, p. 22-61, 1982. p. 30). Aliás, inclusive, estes comandos são condicionados – e não são incondicionais, o que não garante que o dever-ser (“prometido”) seja realizado ao final.

Em quarto lugar, se se pressupõe a inconstitucionalidade como idêntica à nulidade, não se poderia explicar hipóteses de declaração da inconstitucionalidade sem a sanção de nulidade. Segundo o art. 103, § 2º da Constituição da República, a inconstitucionalidade por omissão não pode ser sanada, de plano, pelo Poder Judiciário, devendo ele notificar à autoridade com poder normativo para emitir o ato reclamado pela norma Constitucional. Portanto, a inconstitucionalidade não se confunde com a nulidade, pois a própria Constituição prevê outra conseqüência para o caso dessa inconstitucionalidade advir da omissão normativa.

<sup>7</sup> “[...] O vício de inconstitucionalidade [...] Não se confunde, vale ressaltar, com a sanção de inconstitucionalidade.” (RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. Vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62-63). Assim, também, PALU, Osvaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. Conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 162 e seguintes.

<sup>8</sup> FERRARI, op. cit., p. 157.

pelo Tribunal. Na forma do art. 34, incisos VI e VII, da CRFB/88 quando um Estado edita atos atentatórios aos princípios constitucionais ali elencados, após o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade do ato, cumprirá ao Presidente da República (art. 84, inciso X c/c art. 36 § 3º) – e não ao Tribunal - decretar a suspensão deste ato violador aos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, inciso VIII). Se isso bastar, nenhuma outra medida será determinada; se não, será possível decretar a intervenção federal.<sup>9</sup>

Além disso, no art. 103, § 2º, a Constituição - ao tratar da inconstitucionalidade por omissão - prescreve que:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das medidas necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Claramente distingue-se a situação de omissão inconstitucional (vício inconstitucional) da consequência decorrente da inconstitucionalidade (sanção à inconstitucionalidade).

Legalmente também é possível tal distinção, mormente mediante a análise do art. 27 da Lei 9.868/99<sup>10</sup>. O referido dispositivo distingue a declaração de inconstitucionalidade de seus “efeitos” temporais, que poderão ser restringidos, o que demonstra a distinção entre dois “momentos normativos”: o juízo de incompatibilidade entre normas e os efeitos temporais da sanção ao ato inconstitucional.

Na mesma senda, o Supremo Tribunal Federal referenda a separação analítica entre o juízo de inconstitucionalidade e a sanção de inconstitucionalidade. Conforme destacou o Min. Marco Aurélio no julgamento da ADIN nº 3.819-2 julgada no dia 25/10/2007 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, acerca do procedimento de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, há:

---

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1/69**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 257. No mesmo sentido, CLÈVE, Clèmerson Melin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 128-130.

<sup>10</sup> “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.”



[...] duas fases: na primeira, no julgamento sobre a procedência ou improcedência inicialmente, evidentemente, há participação de todos. Na segunda fase, que é a da modulação propriamente dita, exige-se o quorum qualificado de dois terços – oito votos<sup>11</sup>.

No mesmo sentido, no julgamento da ADIN nº 3.660-2, em 18/06/2007, pelo Tribunal Pleno, quando o Relator propôs, simultaneamente, o julgamento do mérito da ADIN e da deliberação sobre os efeitos da inconstitucionalidade, a Min. Carmem Lúcia destacou: “De todo jeito, teríamos que, inicialmente, julgar a procedência, ou não, da ação para, depois, voltar a essa questão de efeitos”<sup>12</sup>.

Finalmente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 559.943, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que:

Eu gostaria só de lembrar, a propósito, na linha do que acaba de falar o Min. Celso de Mello, que no caso da progressão de regime, por exemplo, nós tivemos um resultado extremamente apertado quanto ao mérito, seis a cinco. E, depois, tivemos um julgamento unânime quanto à modulação de efeitos. Só para que se perceba claramente que há, aqui, um modelo bifásico bastante evidente, bastante claro<sup>13</sup>.

Por conseguinte, a Constituição, a Legislação e o Supremo Tribunal Federal, pelos seus precedentes recentes, permitem distinguir dois momentos no controle de constitucionalidade: o juízo de verificação da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo (pressuposto) e o juízo de sanção à inconstitucionalidade (conseqüência normativa). É preciso, então, distingui-los para compreender a funcionalidade da modulação dos efeitos temporais da sanção de inconstitucionalidade, afastando-a, por exemplo, das situações aparentemente semelhantes – como os juízos intermediários de inconstitucionalidade.

## 1.1 Juízo de inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade é um juízo argumentativo, no qual se conclui que certa norma constitucional foi (ou certas normas constitucionais foram) descumprida(s),

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3-819**. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de out. 2007a.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN Nº 3.660-2**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2007b.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 559.943/RS**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2007c.

constatando-se a “ilicitude” constitucional<sup>14</sup>. A Constituição, porém, não deixa de valer em razão da contrariedade, nem mesmo a(s) norma(s) especificamente violada(s) deixam de ter vigência<sup>15-16</sup>.

Inconstitucionalidade é um conceito formal que representa o atributo das normas que pretendiam pertencer à ordem jurídica, mas que desrespeitaram o seu parâmetro de validade. Por ser formal, a sua compreensão depende do conteúdo e da forma como sejam dispostas as normas da Constituição de um determinado Estado. Conforme Miranda<sup>17</sup>, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou ato – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível.”

Não se trata, pois, de um juízo de desvalor, a partir de um “Direito Natural” ou de uma impressão sobre o mundo, mas de um juízo normativo de conformidade e de compatibilidade: “Se a norma estatui como devido uma conduta determinada, a efetiva conduta que corresponde à norma pode ser julgada como valiosa, como boa, e a conduta que não-corresponde à norma, ser avaliada como desvalioso, má”.<sup>18</sup>

O juízo de valoração<sup>19</sup> do ato como “inconstitucional” é construído aduzindo-se razões a favor da correção deste juízo, e não simplesmente demonstrando um possível conflito ou descrevendo o contexto em que se realiza<sup>20</sup>. A verificação da

---

<sup>14</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 953.

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 239.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.p.177. Enquanto normas jurídicas postas, as normas constitucionais admitem a possibilidade de seu não-cumprimento por parte do Estado, o que acarreta, porém, o dever-ser da sanção. De fato, normas jurídicas que estabelecem o que sempre ocorrerá – sem a possibilidade de seu descumprimento - são supérfluas. Assim, a Constituição admite a violação de suas normas, embora estabeleça sanção a tal circunstância.

<sup>17</sup> MIRANDA, 1996, op. cit., p. 11.

<sup>18</sup> KELSEN, 1986, op. cit., p. 163.

<sup>19</sup> Engisch densifica a concepção formal de valor e de valoração, que se adota neste trabalho, para definir a inconstitucionalidade. “A valoração como acto deveria ser distinguida do 'valor' em si mesmo, ao qual se dirige aquele acto. Entretanto, com respeito a esta clarificação terminológica, observe-se que o conceito de 'valoração' também pode ser usado num sentido que abranja o acto e o conteúdo da valoração como um todo [...] O 'valor' como um quid por si subsistente, objectivo e 'ideal' (p. ex. Justiça como valor) constitui uma noção filosoficamente problemática que não pode ser aqui discutida [...] O termo valor [...] deve ser entendido num sentido singelo, anterior a qualquer teoria dos valores, próprio de um conceito usado no quadro das valorações, e esse conceito mesmo há-de entender-se – para usar os termos de Kant – como predicado de possíveis juízos (de valor). Se valoro algo como conforme ou contrário à 'justiça', isto imediatamente apenas significa que eu valoro esse algo como 'justo' ou 'injusto'.” (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972. p. 211).

<sup>20</sup> Atienza diferencia o contexto de descoberta das teorias científicas do seu contexto de justificação.

incompatibilidade entre normas da Constituição e outras normas não é uma questão política, menos ainda uma simples questão de operação lógico-dedutiva, em que se elegem aleatoriamente uma norma objeto de controle e uma norma parâmetro. Por isso a inconstitucionalidade é um juízo de desvalor argumentativamente fundamentado, e não pressuposto ontologicamente.

O fundamento da inconstitucionalidade é a força normativa das normas constitucionais, isto é, a supremacia da Constituição conforme lecionada Barroso<sup>21</sup>. A supremacia se manifesta por uma superioridade formal (rigidez<sup>22</sup>) e material da Carta Política, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor para a interpretação de todas as normas do sistema jurídico<sup>23</sup>. Com isso, afirma-se a vinculação jurídica da Constituição<sup>24</sup>, ápice de legitimidade do ordenamento jurídico, segundo conhecida lição de Kelsen:

---

O primeiro se destina a narrar, valendo-se de linguagem descritiva ou até prescritiva (como ou que deveria ter sido feito), a maneira como se chegou a uma certa teoria. Basicamente, reconstrói-se a realidade pré-formação da teoria, até o momento em que foi descoberta. O segundo (contexto de justificação) pretende justificar a teoria, defender a sua validade, em confronto com os fatos, mediante a observância de métodos científicos. Busca-se tornar aceitável a teoria, sob a ótica da argumentação, porém, verifica-se que a teoria torna-se aceitável pela coercibilidade dos seus argumentos como forma de convencimento do outro, tido como um espectador imparcial, racional, etc... Essa coerção ocorrerá com a lógica dedutiva, a partir de acontecimentos causas, quando há correspondência entre os fatos da realidade e a teoria defendida (verdade como correspondência), ou mesmo por outros meios de convencimento, quando, por exemplo, é possível estabelecer-se uma conclusão consensual racional acerca da aceitabilidade da teoria (verdade como consenso de Habermas). Não é objeto deste trabalho discutir a aceitação de uma ou outra teoria ou seus limites e acertos (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 20-21).

<sup>21</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

<sup>22</sup> As normas constitucionais são normas rígidas porque possuem a dificuldade na forma de sua alteração. Apresentam um procedimento especial, diferenciado em relação às demais leis, com vistas à preservação de uma certa estabilidade, em face da importância e da relevância das normas em questão (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 267). A sua origem remonta à distinção entre Poder Constituinte – instituidor da Constituição e os Poderes Constituídos, em especial o Poder Legislativo (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 12)

<sup>23</sup> A Supremacia da Constituição é formal quando está relacionado com o caráter diferenciado de modificação e de alteração das normas constitucionais (rigidez constitucional), ou seja, pela especial forma de sua positivação (JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973. p. 403). A Supremacia da Constituição em sentido material significa a necessidade da sua obediência, pelo conteúdo das suas normas, que contêm normas de organicidade, dos procedimentos, e das competências de todos os Órgãos Estatais, portanto intrinsecamente superiores. Como se verá a Supremacia da Constituição – e não desta ou daquela norma constitucional isolada - tem significado de proteção à comunidade não-estatal (sociedade, grupos sociais e indivíduos). Ela tem por fim o condicionamento (imposição de limites e de objetivos) e a procedimentalização da atividade jurídico-estatal.

<sup>24</sup> MIRANDA, 1996, op. cit., p. 240-241. Assim, também SOUZA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa, 1988. p. 11-19.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta<sup>25</sup>.

Por conta da hierarquização da ordem jurídica e da vinculação dos atos do Poder Público, por quaisquer de seus órgãos, aos comandos constitucionais, parte da doutrina entende que os atos públicos submetem-se ao princípio da constitucionalidade<sup>26</sup>. Tal princípio determina, de forma mais ampla do que o princípio da legalidade, que todos os atos normativos do Poder Público devem obedecer, substancial e formalmente, às prescrições constitucionais, ainda que tais atos não sejam imediatamente densificadores das normas constitucionais<sup>27</sup>. Em outras palavras, sendo o sistema jurídico um sistema dinâmico<sup>28</sup>, o ato da autoridade é aceito como ato normativo válido se o sistema a reconhece como competente para a ponência e se esta autoridade respeitou o procedimento e o, se for o caso, o conteúdo corretos<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> KELSEN, 2000, op. cit., p. 310.

<sup>26</sup> MIRANDA, 1996, op. cit., p.10-30.

<sup>27</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 245-246.

<sup>28</sup> O caráter de sistema dinâmico do ordenamento jurídico é um dos critérios de aferição da validade de uma norma, porque permite reconhecê-la como norma pertinente ao ordenamento jurídico, na medida em que fora editada por um órgão reconhecido juridicamente enquanto tal (KELSEN, 2000, op. cit., p. 273 e ss). Barzotto descreve Kelsen ao referir que para o autor tedesco uma norma poderá ser fundamento de validade de outra norma segundo um sistema estático ou dinâmico: “Pelo princípio estático, uma norma está em conformidade com outra quando procede desta última por derivação lógica de conteúdo, no sentido geral ao particular [...] Ao passo que o princípio estático é próprio dos sistemas morais, o princípio dinâmico é próprio dos sistemas jurídicos. Pelo princípio dinâmico, as relações de validade se dão por meio do estabelecimento de uma autoridade produtora de normas. [...] A validade de uma norma não está ligada, portanto, a uma conformidade com elementos de natureza ética ou metafísica, mas vincula-se a um procedimento específico de produção de normas [...]” (BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36).

<sup>29</sup> O conteúdo e o procedimento dos atos normativos estatais devem conformar-se à Constituição, ao menos naquilo que ela prescreve como obrigatório ou, conquanto assim não o faça, naqueles limites em que a Carta Magna estabelece uma moldura de “como se fazer”. Segundo Alexy: “Uma constituição é uma ordem-fundamento em sentido qualitativo ou substancial se por meio dela são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade. Esse conceito de ordem-fundamento é compatível com o conceito de ordem-moldura. Uma constituição pode decidir questões fundamentais, e, nesse sentido, ser uma ordem-fundamento, e, mesmo assim, deixar muitas questões em aberto e, nesse sentido, ser uma ordem-moldura. De acordo com a teoria dos princípios, uma boa constituição deve conciliar as duas coisas. Ela tem que ser tanto uma ordem-fundamento quanto uma ordem-moldura. Isso é possível se ela, em primeiro lugar, obriga e proíbe algumas coisas, ou seja, se ela estabelece uma moldura; em segundo, faculta outras coisas, ou seja, aceita

Diante disso, os atos normativos – mesmo que inconstitucionais - pertencem à ordem jurídica, pois emanados de um órgão formal do sistema jurídico, “previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário”<sup>30</sup>. Todavia, embora o ato inconstitucional derive de uma fonte reconhecida, não o deriva perfeitamente.

Finalmente, resta aclarar como se reconhece(m), qual(quais) norma(s) constitucional(ais) foi (foram) descumprida(s), no juízo de inconstitucionalidade.

A resposta inicial é pela análise da fundamentação constitucional apresentada pelo autor da ação ou do recurso constitucional, porque ele não pode defender a ocorrência de inconstitucionalidade sem demonstrar em qual norma se apóia, como uma regra racional da argumentação<sup>31</sup>. Entretanto, há possibilidade do juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade ser fundamentado em razões (normas constitucionais) diversas das apresentadas pelo autor da ação<sup>32</sup> ou do recurso, o que indica a “abertura material” da causa de pedir no processo de controle de constitucionalidade. Logo, há necessidade de análise da fundamentação do julgado para identificar a norma constitucional violada. Conclusivamente, é a análise da *ratio decidendi*<sup>33</sup> da decisão - ou presente expressamente no dispositivo, ou verificável nas razões, implicitamente, que determinará qual norma constitucional foi (foram) violada(s).

Assim, o juízo de inconstitucionalidade é resultado da verificação argumentativa do descumprimento da norma constitucional, cujo momento lógico de análise é anterior à aplicação da norma-sanção. Sem a inconstitucionalidade não haverá qualquer sancionamento. Portanto, nas sentenças de inconstitucionalidade

---

discricionariedades; e, em terceiro, se por meio de seus deveres e proibições forem decididas aquelas questões fundamentais para a comunidade, que podem e devem ser decididas por uma constituição.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008a, p. 584).

<sup>30</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 39-40.

<sup>31</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 45-52. Tal regra processual, quanto à ADIN, está expressamente prevista (arts. 3º e 14 da Lei 9.868/99) e, quanto aos recursos extraordinários encontra-se previstas no art. 541 do Código de Processo Civil.

<sup>32</sup> “A argüição pode ter-se fundando na alegada incompatibilidade entre a lei ou o ato normativo e a regra x, e o tribunal declarar inconstitucional uma ou outro, por incompatível com a regra y. Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta causa petendi, até porque a argüição não constitui ‘pedido’ em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, ex officio, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 221).

<sup>33</sup> “Uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 278-282. Também MACCORMICK, 2008, op. cit., p. 202-204.

intermediária (normas “ainda constitucionais”) não se afirma, ainda, a pecha da inconstitucionalidade. Apenas com a inconstitucionalidade certificada torna-se possível cogitar da sanção pertinente<sup>34</sup> que, na inconstitucionalidade por ação, ordinariamente será a invalidação da norma (nulidade, anulação ou nulificação<sup>35</sup>).

---

<sup>34</sup> A sanção, por sua vez, também deverá ser justificada. Em primeiro lugar, quais são as formas de sanção admitidas pela Constituição, quando têm suas normas contrariadas. Em segundo lugar, se a sanção é de invalidação, de inexistência ou de ineficácia. Em terceiro lugar, se a sanção constitui uma norma regra ou uma norma princípio.

<sup>35</sup> Em suma, nulificabilidade seria a tradução correta de “Vernichtbarkeit”, empregada por Kelsen, contrariamente a “Nichtigkeit” (nulidade). Segundo o autor, ainda, a primeira expressão é traduzida como anulabilidade, o que não seria adequado, a menos que se entenda como um “conceito geral” em relação à nulificabilidade e não como sinônimos (p. 35, nº 3). Entretanto, na literatura e no direito alemão, “Aufheben” seria um ato contrário que retira da realidade, como “declarar como inválida” uma ordem. Aufhebung é eliminação, total ou parcial, de um ato administrativo pela administração, ou, no direito privado, a eliminação de um contrato por outro contrato, em sentido contrário (HECK, Luis Afonso. **Jurisdição constitucional – teoria da nulidade vs. teoria da nulificabilidade das leis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34).

## CAPÍTULO 2 - A SANÇÃO À INCONSTITUCIONALIDADE

O juízo de inconstitucionalidade é pressuposto para a sanção. A sanção, por sua vez, tem o papel de garantir a imperatividade, ou seja, a observância das normas da Constituição<sup>36</sup>. A norma-sanção é uma resposta da própria norma constitucional à sua violação<sup>37</sup>. Corresponde a uma (re)ação sobre a conduta (ato ou omissão), ou sobre o sujeito que praticou a conduta desconforme, para invalidá-lo, ou para eliminar, ao menos, as suas conseqüências danosas<sup>38</sup>.

Logo, nos julgamentos em que os atos normativos são “ainda constitucionais”<sup>39</sup> ou estão em “processo de inconstitucionalização”, eles ainda

<sup>36</sup> MIRANDA, 1996, op. cit., p. 17.

<sup>37</sup> Como se verá no Capítulo abaixo, entende-se que a invalidade é fundamentada na eficácia da própria norma constitucional violada, isto é, uma norma-sanção decorrente da própria norma constitucional, com características próprias. Não se trata, pois, de uma meta-regra do sistema jurídico ou de uma norma sistemática que orienta a relação entre a norma constitucional e as normas legais, por exemplo. Aliás, caso se tratasse de uma regra estrutural da ordem jurídica (a prevalência da norma constitucional), somente o desrespeito do sistema jurídico justificaria a sua excepcionalização, ou seja, haveria o comprometimento da própria racionalidade do Direito, enquanto sistema.

<sup>38</sup> Embora se possa admitir que existam normas sem sanção, ou cuja conseqüência de sua inobservância não resulte diretamente numa sanção, as normas constitucionais, como limites aos Poderes Públicos, ou como fins que devem ser realizados, atualmente, reclamam a máxima efetividade. Por isso, pensar em normas constitucionais como meras recomendações não-vinculativas, e não como normas obrigatórias sob pena de sanção, significa esvaziar o significado normativo e de garantia da Constituição contra o Poder. Quanto ao conceito de sanção, é o extraído de BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Primeira parte – teoria geral da norma. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 133, com nítida inspiração Kelseniana: “Sob uma sanção estatuída numa ordem normativa entende-se uma certa conduta face a um indivíduo, a qual é geralmente vista como um mal [...]” Em KELSEN, 1986, op. cit., p. 171.

<sup>39</sup> Por exemplo:

Discutia-se a recepção pela Constituição Federal de 1988 do art. 5º, § 5º da Lei 1060/50, que concedia o prazo em dobro para a Defensoria Pública, decidiu-se que a norma seria constitucional até que a Defensoria Pública alcance, nos Estados, níveis de organização suficiente para prestar a assistência judiciária. A Lei, portanto, ainda seria inconstitucional. Ora, a inconstitucionalidade não foi reconhecida porque as Defensorias Públicas careciam de material humano e pessoal para promoverem o seu fim institucional (art. 134 e art. 5º, LXXIV da CRFB/88), cuja relevância não foi esquecidas pelos Ministros do Supremo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC. 70.514**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 23 março de 1994. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2007d).

Discutia-se a recepção pela CF/88 do art. 69 do CPP, que atribui ao Ministério Público a competência para promover ação de reparação civil, quando a vítima do crime fosse pessoa pobre, em face da moldura das competências do Ministério Público estabelecida pelo art. 129 da CF/88. Considerou-se, igualmente, que a realidade sociológica indicava a insuficiência das organizações das Defensorias Públicas, para fins de reconhecer-se a inconstitucionalidade, por ora, de tal dispositivo. Ele seria então *rebus sic standibus* constitucional. Em ambos, primariamente, o problema está na omissão inconstitucional e não, propriamente na ação estatal, haja vista a fundamentação dos votos dos Ministros destacando a calamitosa situação das Defensorias Públicas, no País. Isso confere certa peculiaridade aos casos, que não os coloca entre as hipóteses de modulação dos efeitos da sanção, mas de “alternativas” decisórias em face do reconhecimento da vinculação judicial à promoção dos direitos fundamentais. Quanto à promoção de ação civil *ex delicto*, pelo Ministério Público (RE 147.776-8):

transitam na órbita do constitucionalmente lícito e nenhuma espécie de sanção se coloca. Também não há falar em sanção no caso em que as normas são declaradas constitucionais, pois tal provimento apenas reforça a presunção de constitucionalidade da norma editada pelo Poder Público<sup>40</sup>.

A sanção à inconstitucionalidade é gênero que contempla diversas espécies de técnicas de proteção e de promoção às normas constitucionais, atuando como instrumento de garantia da Constituição<sup>41</sup>. Essas técnicas, estruturadas na própria Constituição, podem-se dividir em garantias pessoais e em garantias objetivas, conforme recaiam ou sobre os agentes que editam o ato inconstitucional ou sobre o próprio ato inconstitucional<sup>42</sup>. Podem ser, ainda, preventivas ou repressivas,

**a)** tratava-se da discussão de uma alteração da realidade normativa pré-constitucional para uma completamente diferente, pós-constitucional, tanto assim que o juízo era de recepção de normas e não, propriamente, de constitucionalidade. Ora, conforme tradicional entendimento do Supremo Tribunal Federal, juízos de recepção de norma pré-constitucional não são, a rigor, juízos sobre a constitucionalidade da norma, tanto que não reclamam reserva de plenário;

**b)** Houve uma mudança de realidades constitucionais (uma pré e outra pós Constituição de 1988). Assim, o STF vinculou-se à finalidade das normas constitucionais anteriores – tutela das vítimas dos danos criminais ou das pessoas carentes vítimas de crimes dolosos – que era realizada, antes da Constituição Nova, pelo Ministério Público. Com a nova constituição, porém, que ainda se preservava na nova Constituição, mas com uma nova configuração institucional (agora seria a Defensoria Pública o Órgão com competência (art. 245 da CF), o Ministério Público não poderia mais ingressar com a ação civil (art. 129 da CRFB/88).

**c)** Assim, a norma do CPP seria “ainda seria constitucional” não quer dizer que ela não venha a ser inconstitucional, mas que está em processo de inconstitucionalização – ainda não completada em face das omissões estatais.

Num e noutro caso, contudo, pressupunha-se: a) uma realidade pré-constitucional; b) alterada pela nova ordem constitucional; c) que geraria, de imediato, a violação a direitos fundamentais (assistência judiciária aos necessitados), pela impossibilidade de realizá-la. Portanto, a situação é bastante peculiar e nestes limites deve ser compreendida, e não equiparada às hipóteses em que há inconstitucionalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 147.776-8**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 maio 1998. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 14 out. 2007e).

<sup>40</sup> Bittencourt ensina que: “É princípio assente entre os autores reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, que milita sempre em favor dos atos do Congresso a presunção de constitucionalidade. É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.” (p. 91) Mais adiante, o autor destaca sua opinião pessoal de que a lei não se presume ser Lei, mas é Lei válida, para todos os efeitos (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 95.

<sup>41</sup> MIRANDA, 1996, op. cit., p. 17.

<sup>42</sup> É mister ressaltar que o entendimento da necessidade de outras garantias além das objetivas, já foi ressaltada pela Min. Carmem Lúcia, no Supremo Tribunal federal, no julgamento do RE nº 401.953-1 – RJ, j. 16/05/2007 p. 470: “Quero apenas deixar registrado que me preocupo muito e considero válida a ponderação feita pelo Ministro Marco Aurélio não para o caso da aplicação (da regra da modulação dos efeitos), pois penso tratar-se de um caso típico e com conseqüências gravíssimas para a população, mas o Tribunal precisa pensar em fórmulas para que não comecemos a aplicar a regra de tal maneira que – não vou dizer incentive – facilite práticas de inconstitucionalidade. Para isso, talvez, o caminho seja o Tribunal começar a pensar em formas de responsabilidade de práticas inconstitucionais reiteradas sobre matéria que aqui já tenham sido objeto de questionamento e solução para que, eternamente, não comecemos a permitir isso.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 401.953/RJ**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 16 de



segundo sejam anteriores ou posteriores à vigência do ato normativo<sup>43</sup>. Ensina Kelsen<sup>44</sup>:

As garantias preventivas tendem a evitar a produção de atos irregulares. As garantias repressivas reagem contra o ato irregular uma vez produzido, tendem a impedir sua renovação no futuro, a reparar o dano que ele causou, a fazê-lo desaparecer e, eventualmente, a substituí-lo por um ato regular.

No caso da responsabilização pessoal e repressiva é possível pensar-se em responsabilidade constitucional – ministerial – ou mesmo a responsabilidade civil da autoridade que edita o ato inconstitucional, embora, na prática, seja impossível responsabilizar todo o Parlamento<sup>45</sup> ou, ainda, o órgão estatal que editou o ato. Trata-se de técnicas aplicáveis diante do vício de inconstitucionalidade, porque previstas expressamente em normas constitucionais próprias<sup>46</sup>, à exceção da norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional.

Dentre todas essas sanções possíveis, a invalidação do ato normativo, sanção objetiva e repressiva, é a que garantirá adequadamente a eficácia e a efetividade da norma violada por ação estatal<sup>47</sup>.

A sanção de invalidade representa, pois, uma resposta jurídica negativa (frustrando objetivos, impondo objetivos diferentes, negando reconhecimento) a um ato que descumpra o dever-ser da norma constitucional. Mesmo que a norma constitucional, para a sua validade, não dependa da sanção<sup>48</sup>, esta é importante elemento da afirmação da vigência, da validade e da eficácia daquela sobre as demais normas do sistema jurídico. A “deonticidade” e a coercibilidade das normas num sistema jurídico dependem da sua observância, ainda que mínima, voluntária ou imposta pelas autoridades. Com a possibilidade de incidência da norma-sanção

---

maio de 2007. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 14 out. 2007f).

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 139.

<sup>44</sup> Id., *ibid.*, p. 139.

<sup>45</sup> Id., *ibid.*, p. 149.

<sup>46</sup> Na Constituição Brasileira, por exemplo, há apenas a previsão do art. 103, § 2º.

<sup>47</sup> KELSEN, 2003, *op. cit.*, p. 140.

<sup>48</sup> Dentre muitos: BOBBIO, *op. cit.*, p. 87. Ainda, FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 119.

A doutrina divide-se entre sancionistas e os não-sancionistas. Os primeiros entendem que a sanção é elemento integrante da própria concepção de norma jurídica, ao passo que os segundos admitem a possibilidade da sanção, sem, contudo, atribuir-lhe o caráter de essencialidade. Estes últimos entendem que uma norma é aquela que apresenta, por exemplo, hipótese/tese, ou suporte fático/preceito e que inclusive normas sancionadoras têm essa estrutura (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 32-35).

de invalidade, reforça-se a imperatividade<sup>49</sup> e se oferecem razões para o cumprimento (voluntário ou forçado) da norma constitucional, principalmente por parte do Estado, que é destinatário primordial da Constituição<sup>50</sup>.

Em suma, a incidência de uma norma-sanção à conduta estatal (ato normativo) é para que a norma constitucional possa ser, ao final, re-afirmada na sua autoridade, cumprida e respeitada. Sendo cumprida espontaneamente – ou feita cumprir por meio de sanção – a norma constitucional terá eficácia, demonstrando que está em vigência.

Essa compreensão não é exclusiva das normas da Constituição.

No Direito Privado, Betti<sup>51</sup> e Pontes de Miranda<sup>52</sup>, além de Mello<sup>53</sup>, entendem que quando o ordenamento vincula ao ato que lhe desobedece as prescrições formais e materiais alguma consequência negativa como represália, está caracterizado o pressuposto fático para uma sanção (nulidade ou anulabilidade). Ora, com o mesmo conteúdo<sup>54</sup>, pode-se entender a invalidade do ato eivado de inconstitucionalidade, visto que se trata de uma sanção ao ato ilícito (contrário a Direito), tal como o é o ato inconstitucional<sup>55</sup>.

Uma relação entre lei (parâmetro de validade) e entre ato jurídico administrativo ou privado (objeto de controle) tem a mesma estrutura lógica aplicável às relações entre norma constitucional (parâmetro de validade) e ato normativo (objeto de controle). Em ambos tem-se uma sanção (consequência jurídica) exigida para a restauração da validade e da eficácia da norma constitucional (parâmetro).

---

<sup>49</sup> KELSEN, 1986, op. cit., p. 4-5. O cumprimento da norma constitucional advirá da invalidação pois esta impedirá que o dever-ser contrário seja válido, imperativo e obrigatório. Pouco importa a atitude subjetiva daquele que terá de respeitar a norma (não mais a aplicando): se o faz por razões morais, interesseiras, egoísticas, ou sinceras. O que importa é a adesão à norma, isto é, o cumprimento e o respeito do sentido estabelecido, ainda que seja pela ameaça de sanção.

<sup>50</sup> Entendemos que as normas constitucionais não podem apenas depender da prudência do destinatário e da internalização do comando normativo pelos agentes estatais (legisladores, administradores, julgadores). A visão realística do Direito deve admitir a possibilidade de seu descumprimento e, principalmente, tentar evitar tal situação, ainda que para tal fim deva valer-se da sanção.

<sup>51</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. V. 3, p. 11 e 35.

<sup>52</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1965. p. 131.

<sup>53</sup> MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>54</sup> Assim, por exemplo, explana RAMOS, op. cit., p. 12.

<sup>55</sup> MELLO, 2006, op. cit., p. 57-59.

Entretanto, deve-se considerar, na lição da Nunes<sup>56</sup>, que a sanção, no Direito Público, tem finalidade de proteção de interesses diferentes do interesse privado. Em face disso, é preciso compreender que, no Direito Constitucional, a sanção de invalidade terá por fundamento normas abstratamente conflitantes e multifacetadas e, então, a sanção de invalidação terá de ser mensurada considerando a coincidência de outras normas de igual hierarquia.

## **2.1 A sanção de invalidade do ato inconstitucional e o seu caráter de norma jurídica autônoma**

A doutrina não fundamenta a origem da sanção de invalidade ao ato inconstitucional. A tradição constitucional brasileira considera a invalidade como consequência implícita no sistema jurídico<sup>57</sup>. Contudo, embora a sanção seja uma necessidade para manter a estrutura hierárquica do sistema, com a supremacia normativa da Constituição, essa finalidade somente é alcançada por meio de uma espécie de norma jurídica autônoma<sup>58</sup>, com conteúdo e destinatários próprios, diversos das próprias normas constitucionais violadas.

Sabidamente, a norma jurídica permite estatuir sentidos de dever-ser (proibição, permissão ou obrigação) que servem como orientação de uma conduta, construídos argumentativamente a partir do material legislativo ou das técnicas de integração do ordenamento jurídico (analogia), a partir das conexões axiológicas realizadas pelo intérprete sobre este material<sup>59</sup>.

Norma jurídica é o sentido de dever-ser (geral e abstrato ou concreto) construído a partir dos enunciados normativos, os quais se apresentam nas suas diversas modalidades básicas de expressão deôntica (proibição, permissão e

---

<sup>56</sup> NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. Também ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. Poder de iniciativa e inconstitucionalidade da lei. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 340-366, abr./jun.1961. p. 361.

<sup>57</sup> BARBOSA, Ruy. **A constituição e os actos inconstitucionales do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1936. p. 44. A consequência do ato inconstitucional (nulidade) resulta da essência do sistema, pois verificado o conflito, está indicada a natureza da solução: a lei mais fraca sede à superioridade da lei mais forte.

<sup>58</sup> Normas jurídicas podem ser entendidas como o conteúdo de um ato de vontade objetivamente reconhecido, manifestado numa prescrição de dever-ser dirigida à conduta, representando, porém, algo distinto da vontade daquele que emana o comando. Portanto, não se trata de uma estrutura determinada por uma forma gramatical (imperativo, descrição), mas do sentido desta ordem extraível, objetivamente, do conjunto de palavras contidas nos textos normativos.

<sup>59</sup> Conceito semântico de norma jurídica (ALEXY, 2008a, op. cit., p. 54 e ss).

obrigação). O enunciado normativo é, em relação à norma, apenas conceito inicial<sup>60</sup>, que não é, porém, indispensável<sup>61</sup>. Norma é o significado de um enunciado normativo<sup>62</sup>, seja ele vinculado por enunciados deônticos (é proibido, é permitido, é obrigatório), ou não<sup>63</sup>, cujo conteúdo não é conhecido, de antemão, pelo intérprete aplicador. Prescinde-se, pois, de uma expressão simbólica (lingüística) autônoma.

Além disso, toda norma, enquanto regra ou princípio ou postulado normativos, apresenta um comando imediato, determinando ou adoção de uma conduta para a realização de uma finalidade subjacente (regra), ou a promoção de um estado ideal de coisas, através da adoção de um comportamento (princípio) ou a observância de um certo método de interpretação/aplicação de outras normas (postulado)<sup>64</sup>. Elas estabelecem determinado dever-ser, fixam um conteúdo (permissões, autorizações, proibições, obrigações, formalidades) para um destinatário<sup>65</sup>.

Assim, por exemplo, a norma constitucional do art. 5º, inciso LIV, da Constituição, “ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, consubstancia um comando ao Estado-Juiz, para que observe um certo processo, ao privar alguém da liberdade ou dos bens, assim como ao Estado-Legislator, para que não deixe de editar normas que assegurem o devido processo legal – e nem o elimine da ordem jurídica. Igualmente, o art. 18, § 2º da Constituição, estabelece uma norma que impõe ao Legislador a edição de Lei Complementar que regulamente a criação de Municípios.

Ocorre que com a edição de atos normativos contrários a estes comandos, instaura-se um conflito normativo e apenas uma das duas normas deverá ser válida, continuando a viger dentro do sistema, pois os postulados da unidade<sup>66</sup> e da

---

<sup>60</sup> ALEXY, 2008a, op.cit., p. 54.

<sup>61</sup> Sinais de trânsito, semáforos, indicam o que deve-ser sem utilizarem um único enunciado lingüístico, embora contenham signos que permitem orientar a conduta humana. Ver, por todo, AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.30.

<sup>62</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 55-60.

<sup>63</sup> Enunciados deônticos são aqueles que contêm expressões como é proibido, é permitido, etc. “Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico”. (ALEXY, 2008a, op. cit., p. 59).

<sup>64</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 78 e 122-123.

<sup>65</sup> KELSEN, 1986, op. cit., p. 37-38.

<sup>66</sup> A unidade não é lógico-axiomática. Ela é dada (unidade formal) pela possibilidade de que todas as normas infraconstitucionais – tanto gerais como concretas/individuais sejam remontadas, direta ou indiretamente, a uma norma superior, até a norma fundamental (hierarquia normativa). Além disso, nessa recondução, as normas devem ter sido editadas por autoridades competentes e reconhecidas objetivamente como tais, porque a unicidade da ordem jurídica não é apenas estática, mas também dinâmica (NEVES, op., cit., p. 23-27). A unidade material pode ser realizada pela ausência de contradições entre as normas (consistência), isto é, a inexistência de antinomias insolúveis e, da mesma forma, pela a opção por aquele juízo concreto de dever-ser que não contradiga uma norma

coerência<sup>67</sup> do ordenamento jurídico assim o impõem. Quanto a isso, não há dúvidas: a solução dessa incompatibilidade competirá ao Legislador ou ao Juiz (autoridade do sistema) que deverá afirmar a vigência, a validade e a eficácia<sup>68</sup> da própria norma constitucional em detrimento da validade/vigência e eficácia da norma inconstitucional. A questão é saber o fundamento desta escolha normativa.

Nem a simples contradição lógica e nem a diferença de hierarquia entre as normas, *ipso facto*, determinarão a exclusão de uma delas. O sistema jurídico não é puramente estático, de forma que as normas derivam umas das outras logicamente e a perda da validade de uma norma decorre da mera contradição lógica; o sistema jurídico é dinâmico e, por si, nem exclui nem inclui normas, senão por meio de atos de autoridades reconhecidas e competentes para tanto, que o fazem, no controle de constitucionalidade, por meio de uma decisão judicial.

Ora, essa decisão que decreta a exclusão do ato inconstitucional é resultado da incidência e da aplicação da norma-sanção invalidatória, com conteúdo, destinatário e finalidade próprias, ainda que ausente um enunciado normativo expresso. É que a norma-sanção é fundamentada na validade/vigência/eficácia de cada norma constitucional individualmente considerada e pelo poder conferido pela Constituição aos juízes, para invalidar as normas inconstitucionais<sup>69</sup>. Se a norma constitucional é válida e vigente, ela é capaz de incidir sobre os atos normativos do Poder Público, de gerar conseqüências jurídicas, dentre as quais está impedir que qualquer comando contrário seja estatuído e, se houver sido, determinar que seus efeitos sejam eliminados.

A própria norma constitucional violada, para além de estatuir um dever-ser imediato (estabelece uma competência, confere direitos, etc.), impõe outro dever-

---

válida. Igualmente ela será realizada a partir do ideal de que as normas constitucionais não são normas isoladas em si mesmas, mas interconectadas em razão dos fins que lhas aproximam.

<sup>67</sup> Os postulados da unidade e da coerência do sistema jurídico são amplamente reconhecidos pela doutrina, conforme será analisado ao longo do trabalho.

<sup>68</sup> Neste trabalho, a validade jurídica de uma norma designa a qualidade de sua pertinência ao ordenamento jurídico, por terem sido obedecidos os requisitos formais e materiais da sua produção e integração no ordenamento. A vigência é a qualidade que diz com a força vinculante da norma, isto é, o tempo que vai do período em que a norma entra em vigor até o momento da sua revogação ou do esgotamento da sua vigência. (FERRAZ JR, op. cit., p. 193-199). A eficácia de uma norma poderá ser: a) normativa ou legal, que diz respeito às condições exigíveis para a sua incidência; b) jurídica ou técnica, que se refere à produção dos efeitos concretos, de forma espontânea ou imposta, mas aceita com legítima pelo Direito; c) a eficácia social, que diz com a efetividade da norma (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. Plano da eficácia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

<sup>69</sup> Art. 97 da CF/88: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público"; também Art. 102, inciso III, alíneas a, b e c do mesmo Diploma.

ser, voltado para a preservação da estrutura hierárquica e unitária do sistema jurídico. Quando o julgador exclui o ato inconstitucional, ele o faz porque a norma constitucional lhe obriga a considerá-la superior às demais normas jurídicas, como uma eficácia técnica ou jurídica que lhe é inerente.

Não há, pois, nem um princípio lógico, nem uma eficácia do sistema jurídico como um todo, nem da Constituição enquanto um ente abstrato ou um bloco de normas, que exclua o ato inconstitucional.

A invalidação é conseqüência da incidência de uma norma autônoma e especial, decorrente da eficácia da norma constitucional violada, mas que com ela não se confunde.

Ferraz Jr<sup>70</sup> ensina que as normas jurídicas apresentem três eficácias técnicas<sup>71</sup>, isto é, eficácias jurídicas:

1) A função de impedir ou de desestimular comportamentos em sentido contrário ao que prescrevem, bloqueando, assim, condutas indesejáveis: é a função de bloqueio;

2) A função de realizar certas finalidades ou programas, certos objetivos (*telos* programáticos), denominada de função de programa. É eficácia que estatui a realização de certos valores ou fins subjacentes;

3) A função de realizar um comportamento ou, melhor, de exigir a adoção de certos comportamentos, imediata ou mediatamente, conforme a natureza da norma. Esta seria a função de resguardo.

As normas constitucionais têm uma primária função eficaz que lhes é prevacente (prescrever, permitir, autorizar uma conduta, um objetivo, uma forma de interpretar/aplicar as normas) direcionada a um destinatário (Administrador, Legislador, Julgador, Cidadãos, etc.).

Porém, todas elas têm igualmente o comando de impor ao Julgador (autoridade do sistema) a exclusão dos atos normativos que lhe contrariem, como forma de assegurar a observância da sua prescrição principal, ou seja, do dever-ser que estatuíram.

Diferente da norma constitucional em si mesma, a norma de invalidação tem como destinatário os juízes, dotados que são da competência para conhecimento e

---

<sup>70</sup> FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 197.

<sup>71</sup> Segundo Ferraz Junior (op. cit., p. 199), a eficácia técnica diz respeito às condições técnico-normativas exigíveis para a sua aplicação.

juízo de inconstitucionalidade, que aplicam a norma-sanção com o fito de preservar a autoridade das normas da Constituição, no sistema jurídico. Por isso, diz-se que a garantia da constitucionalidade dos atos normativos é, essencialmente, uma garantia jurisdicional<sup>72</sup>, ou seja, realizável mediante um processo judicial de tutela.

A norma-sanção invalidatória, em primeiro lugar, restaura a vigência e a eficácia jurídica da norma constitucional violada porque impede que atos normativos (obrigações, permissões, proibições) inconstitucionais orientem, justifiquem ou fundamentem condutas das pessoas e dos entes públicos, ou seja, sirvam de razão normativa para a criação de fatos jurídicos. Apagam-se, em regra, quaisquer aplicações e eficácias do ato inconstitucional: tanto a validade quanto a eficácia jurídica e fática, como forma de preservar a indisponibilidade do conteúdo da norma constitucional.

Em segundo lugar, mediatamente, pela aplicação da norma-sanção que leva à invalidação do ato inconstitucional, visa-se a realizar a supremacia da Constituição.

Conclusivamente, há uma norma jurídica autônoma, direcionada ao juiz – decorrente da eficácia negativa/bloqueadora das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas – que impõe a invalidação dos atos inconstitucionais. Essa observância não está expressa em enunciados jurídicos, mas decorre da eficácia de cada norma constitucional, enquanto pertencente à Constituição.

Ao se invalidar o ato normativo inconstitucional e se determinar a eliminação dos efeitos, o juiz estará aplicando a norma-sanção. Essa prescrição tem caráter de norma jurídica, pois obriga o aplicador a sancionar o ato normativo, preservando a norma constitucional violada, imediatamente, e realizando, presumidamente, a Supremacia da Constituição.

## **2.2 Os efeitos temporais da sanção de invalidade do ato inconstitucional**

As possibilidades dos efeitos temporais da invalidade do ato inconstitucional admitem, pelo menos, duas abordagens: a teórico-dogmática e a pragmática-sistêmica.

---

<sup>72</sup> MIRANDA, 1996, op.cit., p. 209-243; KELSEN, 2003, op. cit., p. 123-186.

Do ponto de vista teórico-dogmático, discute-se se o ato normativo inconstitucional seria sancionável ou pela inexistência ou pela invalidade (nulidade ou pela anulabilidade). Tenta-se classificar o significado do ato inconstitucional: inexistente, nulo ou anulável. Do ponto de vista sistêmico-pragmático, não se parte das categorias jurídico-dogmáticas. Ao contrário, entende-se o funcionamento da sanção sobre o ato inconstitucional e, então, tenta-se justificar o seu alcance como regra geral, e em casos excepcionais.

Analisaremos, primeiro, a compreensão teórico-dogmática para, após, apresentarmos a pragmática-sistemática.

### **2.2.1 Compreensão teórica-dogmática da sanção sobre o ato inconstitucional e sua crítica**

#### 2.2.1.1 A sanção de inexistência do ato inconstitucional

A doutrina mais antiga, adotando a escola americana tradicional, entendia que a norma inconstitucional não seria norma jurídica, não conferiria direitos, não imporá obrigações, não deferiria proteção<sup>73</sup>. A lei inconstitucional seria qualquer coisa, exceto um ato legislativo normativo<sup>74</sup>. Reputam-na como se nunca tivesse sido escrita<sup>75</sup>, tratando-se de ato que jamais teve relevância sobre o mundo jurídico.<sup>76</sup> Há precedentes antigos do Supremo Tribunal Federal acolhendo tal entendimento: uma lei inconstitucional é inexistente, porque lei não seria<sup>77</sup>.

O ponto de partida para tal teoria é a identificação da inconstitucionalidade à inexistência dos atos jurídicos, equiparando a invalidade constitucional à própria inexistência jurídica<sup>78</sup>. A inconstitucionalidade significava uma usurpação dos

<sup>73</sup> TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. New York: Foundation Press, 2000. p. 214. O autor menciona as palavras de Justice Field, no julgamento da Suprema Corte *Norton v. Shelby County*. 118 US 425, 442 (1886).

<sup>74</sup> CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1. p. 430 e 433.

<sup>75</sup> DELLA GIUSTINA, Vasco. **Leis municipais e seu controle de constitucionalidade pelo tribunal de justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 131.

<sup>76</sup> TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 339-350, jan./mar. 1960. p. 346.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 35-370**. Relator: Min. Henrique D'Ávila. Brasília, 14 maio de 1957. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2007g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 84.230/PR**. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 30 de setembro 1976. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2007h.

<sup>78</sup>“A negação da categoria invalidade equivale à sua identificação com a inexistência e parte



poderes constitucionais atribuídos ao Estado, que nenhum sentido jurídico poderia adquirir, tal como, no direito privado, certos atos jamais seriam jurídicos.

Pensando em termos analógicos, no Direito Privado a inexistência do ato jurídico configura a insuficiência na incidência do suporte fático, que o leva a não-ser, ao contrário de seus defeitos (deficiência na incidência), o que o faz não valer.<sup>79</sup> Mello<sup>80</sup> aponta que a existência decorre da incidência de uma norma sobre o seu suporte fático, quando há elementos suficientes para considerá-lo juridicamente relevante, reconhecidos pelo Direito. Por outro lado, a invalidade seria momento posterior, decorrente da avaliação dos elementos complementares, que dizem respeito ao objeto, ao sujeito e à forma da prática dos atos jurídicos, após eles já serem considerados existentes. No Direito Romano, o “*nec ullus*”, isto é, o não-existe seria equivalente à invalidade, ausente uma diferenciação entre as categorias, ao passo que o ato nulo (inválido) do jurista moderno existe, mas anormalmente<sup>81</sup>.

Ainda assim, a despeito das distinções teóricas para o Direito Privado, entendemos ser inviável a construção analógica de uma teoria geral da inexistência dos atos normativos inconstitucionais, sem a referência aos elementos normativos de uma determinada ordem jurídica concreta, isto é, à expressas prescrições da Constituição, que permitam a distinção entre o que (in)existe e o que é (in)válido<sup>82</sup>.

Também no Direito Administrativo vê-se que a inexistência dos atos jurídicos, quando aceita, está relacionada com defeitos nos elementos necessários à sua formação. Assim, exemplificativamente, afirma-se que o objeto, o conteúdo (pertinência do ato à função administrativa) e a forma determinam a existência do ato, sendo todos os demais vícios uma questão de invalidade<sup>83</sup>. Contudo, analisando essas categorias dogmáticas sob uma perspectiva crítica, vê-se que para definir inexistência, distanciada-a da invalidade, parte-se de um prévio conceito “negócio jurídico privado”, de “ato jurídico administrativo”, pré-definindo o que sejam

---

principalmente da idéia de que uma norma só pode incidir ou não incidir, sem que possa existir incidência imperfeita” (MICHELON JR, Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 40, p. 48-73, jan./jun. 1998. p. 62-63).

<sup>79</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. Tomo V. p. 69 e ss.

<sup>80</sup> MELLO, 2006, op. cit., p. 12-14.

<sup>81</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo III. p. 618.

<sup>82</sup> MELLO, 2006, op. cit., p.10-20.

<sup>83</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 31-33.

elementos essenciais para a sua existência e elementos não-essenciais, mas que implicariam a invalidade<sup>84</sup>. Conforme se compreende este ou aquele elemento como essencial, a sua ausência determina a existência ou a inexistência.

Quanto aos atos normativos inconstitucionais, a despeito do esforço doutrinário, torna-se tormentosa uma distinção abstrata entre o ato normativo sancionado com a inexistência e com a invalidade<sup>85</sup>. Não há, na Constituição, uma distinção entre existência e validade dos atos normativos, como planos sucessivos de análise da adequação à ordem jurídica e, mesmo no plano doutrinário, consenso não há.

Veja-se que para Kelsen validade é a específica existência da norma, isto é, à sua existência objetiva na ordem jurídica a partir de um ato emanado por uma autoridade competente<sup>86</sup>. Bobbio leciona que a existência é a própria validade objetiva da norma, analisável a partir de um juízo de fato (de constatação), através de três operações básicas:

- 1) verificar se a autoridade que a emanou tinha o poder legítimo de emanar as normas jurídicas, ou seja, normas obrigatória naquele determinado ordenamento jurídico [...];
- 2) verificar se não foi ab-rogada, tendo em vista que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada por um poder autorizado para tanto, mas não significa que ainda seja válida [...]
- 3) verificar se não é incompatível com outras normas do sistema [...] sobretudo com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária numa constituição rígida) ou como uma norma sucessiva.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> MICHELON JR, op. cit., p. 48-73.

<sup>85</sup> Em sentido contrário RAMOS, op. cit; BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004; TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>86</sup> BARZOTTO, op. cit., p. 34-37. Segundo o autor, a validade em Kelsen teria ao menos 04 sentidos: a) Validade é a qualidade que expressa a existência jurídica da norma, existência objetiva, para separá-la do ato subjetivo de sua edição (fato natural); b) Validade é a qualidade que indica a pertinência de uma norma a um ordenamento jurídico; c) Validade indica que uma norma foi criada pelo modo previsto pelo sistema, isto é, respeitando as normas superiores que lhe fundamentam; d) Validade significa vinculatividade, obrigatoriedade de uma norma, pois, se ela é válida, deve ser respeitada pelo destinatário.

<sup>87</sup> BOBBIO, op. cit., p. 26-27.

Guastini<sup>88</sup> divide as normas jurídicas entre normas válidas em sentido fraco (editadas por autoridades públicas *prima facie* competentes) e normas válidas em sentido forte – aquelas que são legítimas quanto à forma ao conteúdo e aos fins das normas superiores que a fundamentam.

Logo, diversos autores pretendem classificar os atos normativos quanto aos requisitos mínimos de sua existência (forma, procedimento e agente competente, v.g) e validade<sup>89</sup>, olvidando-se, contudo, que a incompetência da autoridade, o desrespeito à forma de edição do ato e ao procedimento tanto podem configurar hipótese de inexistência jurídica como de invalidade.

Diante dessa divergência, o que se desdobra é que salvo em casos evidentemente teratológicos, em que nenhuma autoridade jurídica se confere à fonte que editou o ato pretensamente normativo,<sup>90</sup> não se pode simplesmente adotar um conceito de (in)existência da norma jurídica, abstrato e autônomo. A adequação da norma à Constituição é matéria atinente à validade jurídica desta norma. Por tudo isso, à míngua de uma determinação constitucional expressa, como no Direito Português<sup>91</sup>, a (in)existência inclui-se na própria compreensão da validade, embora uma “validade em sentido fraco”, a partir da fixação de critérios mínimos de reconhecibilidade do que sejam as normas jurídicas. Em outras palavras, deve-se estabelecer elementos mínimos que permitam reconhecer o ato normativo como emanado de uma fonte aparentemente autorizada a editar normas.

Nesse seara, o conteúdo mínimo para a “validade em sentido fraco” dos atos normativos, isto é, as condições mínimas de reconhecimento do seu caráter normativo legítimo incluem dois requisitos: a) ter o ato emanado de um órgão estatal qualquer, *prima facie* competente para a ponência de normas e b) ter o ato sido

---

<sup>88</sup> Segundo PRESA, María Concepción Gimeno. **Interpretación y derecho**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, n. 21, p. 70-99, 2001. (Série Teoria Jurídica y Filosofía Del Derecho).

A autora traz a concepção de Ricardo Guastini (*L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*), que divide a validade das normas jurídicas em sentido forte (uma norma pertence ao sistema jurídico está em conformidade com as metanormas de identificação daquele sistema) e em sentido fraco (uma norma está criada, posta e emanada por uma autoridade *prima facie* competente), esta última identificada com a simples existência da norma, ainda não “avaliada” pela Corte Constitucional. Em qualquer caso, segundo o autor a existência é condição suficiente para a sua aplicação e, assim – dizemos nós - para a sua eficácia.

<sup>89</sup> BARROSO, 2004, op. cit.; TAVARES, op. cit.

<sup>90</sup> Como a edição de uma lei por um grupo de pessoas sem mandato, uma ordem de ladrões, uma sentença emanada de um gorila, uma emenda constitucional aprovada pelo Conselho Estudantil, etc.

<sup>91</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 954-955 destaca que na Constituição Portuguesa há declarações de inexistência de normas inconstitucionais.

promulgado e/ou publicado no Diário Oficial ou outro veículo oficial de publicação<sup>92</sup>. Logo, se há possibilidade de sancionar um ato com a “inexistência” ela deva ser reservada somente para aqueles casos especialmente graves de verificação judicial em que o ato normativo sequer foi editado por uma fonte normativa reconhecida institucionalmente<sup>93</sup> ou publicado na imprensa oficial.

Em tais hipóteses, é possível concluir que não se admite a generalização de que a todo ato inconstitucional seja atribuída à sanção de inexistência e que, naqueles casos em que essa seja pertinente, não se coloca a discussão acerca da modulação da eficácia temporal.

## 2.2.1.2 A sanção de invalidade do ato normativo inconstitucional

### 2.2.1.2.1 Ainda uma vez o dilema entre nulidade (*ex tunc*) e anulabilidade (*ex nunc*) da lei inconstitucional

Dogmaticamente, existem duas espécies de invalidade na Teoria Geral do Direito, a nulidade e a anulabilidade<sup>94</sup>, que, no Direito Constitucional, resultam duas espécies de qualificativas dos efeitos temporais da sanção ao ato inconstitucional.

A nulidade, identificada na tradição constitucional norte-americana do controle difuso de constitucionalidade, determina que os efeitos da sanção de invalidade sejam sempre retroativos (*ex tunc*); já no caso da anulabilidade, vinculada ao Direito Europeu, os efeitos da sanção seriam apenas prospectivos (*ex nunc*), baseada na

<sup>92</sup> MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** - plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 84-85. O autor diferencia as hipóteses em que um ato normativo prescinde de promulgação para existir e as hipóteses em que necessita de tal ato, além da publicação, para existir como ato normativo.

<sup>93</sup> FERRAZ JR, op. cit., p. 212-213.

<sup>94</sup> Na nota de rodapé nº 04 daquela obra, Mello esclarece, com precisão, lição que adotamos aqui, com extensa bibliografia a respeito. No que importa, transcrevemos o seguinte: “A doutrina, tradicionalmente, emprega os termos nulidade e anulabilidade, ou apenas nulidade, para referir-se à situação oposta à validade. [...] Temos a invalidade, no entanto, como gênero de que são espécies a nulidade e a anulabilidade. Por essa razão, no trato genérico da matéria, em vez de empregar as expressões nulidade ou anulabilidade, preferimos utilizar a expressão invalidade, uma que tem sentido abrangente de todas as espécies possíveis de serem encontradas no mundo do direito, como o fazem, por exemplo, Pontes de Miranda [...], Oertmann [...], Enneccerus, Kipp e Wolff [...], Santoro-Passaelli [...], Stolfi [...], Betti [...], Fedele [...] Guggenheim [...], dentre tantos. [...] No tratamento da matéria empregamos, sempre, a palavra invalidade para designar o oposto à validade, portanto, com sentido genérico, reservando o uso das expressões nulidade e anulabilidade, exclusivamente, para mencionar a espécie respectiva.” (MELLO, 2006, op. cit., p. 20).

tradição iniciada com o Tribunal Constitucional Austríaco<sup>95</sup>, no controle concentrado de constitucionalidade. Essa distinção, porém, embora historicamente correta, é, atualmente, incompleta e a contradição entre os modelos desnecessária, mormente no Direito Brasileiro em que as duas modalidades de controle, difuso e concentrado, concreto e abstrato, convivem.

A desnecessidade da contradição entre as teorias decorre da verificação de que uma radical contraposição, que inicialmente marcou a afirmação histórica dos modelos, cedeu espaço a abrandamentos ditados pela realidade da vida e pela justiça pragmática<sup>96</sup>. Em face da incompletude dos modelos isoladamente considerados, as diferentes Cortes Constitucionais passaram a adotar critérios similares na solução de problemas comuns quanto aos efeitos concretos da invalidação<sup>97</sup>.

A incompletude dos modelos decorre da ausência de distinção segura entre a nulidade e a anulabilidade, quando abstratamente consideradas. Calha lembrar que nulidade e anulabilidade não são tão claras e precisamente distinguíveis, senão se partirmos da disciplina normativa dessa sanção em cada direito positivo historicamente considerado<sup>98</sup>. Segundo Ana Ávila:

Os conceitos de nulidade e de anulabilidade foram criados na doutrina que, em muitos casos, se divorcia daquilo que a própria lei prevê. [...] Tudo depende do regime jurídico fixado pelo legislador, uma vez que é a lei que, em geral, determina se certa invalidade constitui ato nulo ou anulável.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Assim, por exemplo, CASTRO, Roberto de Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 335, p. 17-44, jul./ago./set. 1996. p. 35, e CAPPELLETI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p.120.

<sup>96</sup> CASTRO, op. cit., p. 26. Assim também CAPPELLETI, 1999, op. cit., p. 120-124.

<sup>97</sup> CAPPELLETI, 1999, op. cit.

<sup>98</sup> MELLO, 2006, op. cit. Segundo o Direito Civil Brasileiro, por exemplo, poder-se-iam distinguir nulidade e anulabilidade a partir dos seguintes critérios: a) Legitimidade para a arguição – todo e qualquer interessado, parte e Ministério Público, ou até mesmo o juiz, de ofício, podem suscitar questão de nulidade ao passo que a anulabilidade não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, podendo ser argüida apenas pelo interessado (art. 168 c/c 177 do CC); b) Alcance subjetivo – a nulidade pode alcançar todo o negócio jurídico, ao passo que a anulabilidade apenas aproveita a quem a alegou, exceto em caso de solidariedade ou de indivisibilidade; c) Alcance temporal – as nulidades não se convalidam com o tempo ou com a confirmação do negócio (art. 169 do CC), ao passo que as anulabilidades seriam passíveis de convalidação (art. 172); d) Objeto tutelado – as nulidades tutelariam interesses de ordem pública ao passo que as anulabilidades interesses privados; e) Os atos nulos, em tese, não produzem os efeitos – ao menos os efeitos que deles seriam esperados legitimamente pelos que praticaram um determinado ato, podendo, entretanto, produzir outros efeitos (casamento putativo), ao passo que os atos anuláveis produzem os efeitos desejados pelas partes naturalmente, até serem desconstituídos. Em qualquer caso, porém, depende-se de uma decisão judicial para o reconhecimento da nulidade ou da anulabilidade

<sup>99</sup> AVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

Igualmente, Mello<sup>100</sup> leciona que o tipo de sanção atribuída ao ato inválido (nulidade e anulabilidade), na Teoria Geral do Direito, resulta da atividade axiológica do legislador que, valorando os atos, segundo critérios próprios, atribui-lhes a sanção pertinente, variável em termos espaciais e temporais segundo cada ordenamento jurídico<sup>101</sup>. Esse mesmo raciocínio é aplicável ao Direito Constitucional. O Poder Constituinte originário detinha competência para ter fixado, abstratamente, alguma modalidade de eficácia temporal à sanção de invalidade, o que não o fez, ou, até mesmo, poderia ter estabelecido diferentes sanções (inexistência, nulidade e anulabilidade), o que também não fez.

Além do mais, o que parece ser absolutamente desconsiderado pelos que contrapõem os modelos de nulidade e de anulabilidade a partir das categorias abstratamente consideradas é que tanto o *nulo* quanto o *anulável*, no Direito Privado, e, ainda, no Direito Administrativo, têm a pretensão do mesmo alcance invalidatório, sob o ponto de vista temporal.

Melhor dizendo, tanto a nulidade quanto a anulabilidade, quando reconhecidos por decisão judicial (imprescindível para a certeza da invalidade), determinam a não-produção de efeitos *ex tunc*<sup>102</sup>, como, aliás, deve ser a interpretação do art. 182 do Código Civil Brasileiro<sup>103</sup>.

O que existe, a rigor, é um diferente “enfoque de qualificação primário” da “legitimidade” dos efeitos produzidos pelo ato inválido: se o ato inválido for nulo, mas produzir certos efeitos, esses efeitos jurídicos e fáticos são meramente aparentes, sem proteção jurídica *prima facie*; mas, se anulável, então os efeitos são legítimos, salvo se houver anulação, convalidação ou qualquer outro fato jurídico que afasta a invalidade.

---

<sup>100</sup> MELLO, 2006, op. cit., p. 5, 6 e p. 53.

<sup>101</sup> Veja-se, por exemplo, o caso da simulação dos negócios jurídicos que no Código Civil de 1916 era causa de anulabilidade do negócio, passando, pelo Código Civil de 2002 a ser tratado como causa de nulidade. Não foi a natureza jurídica da simulação que se alterou, mas a valoração do legislador ordinário.

<sup>102</sup> Conforme Mello (2006, op. cit., p. 207): “A sentença anulatória tem eficácia *ex tunc*: desconstitui o ato e seus efeitos desde o momento de sua prática”. “Já o ato nulo, em tese, não seria capaz de produzir efeitos admissíveis, mas apenas aparentes – salvo no caso dos efeitos dos atos putativos (pp. 204-205)”. Disso se retira que, na prática, dentro do Direito Privado, o nulo e anulável se equiparam. Porém, no primeiro caso, qualquer efeito é meramente aparente do ponto de vista jurídico, ao passo que os efeitos do ato anulável são interminísticos, isto é, são efeitos jurídicos, mas desconstituíveis ou convalidáveis pelo decurso do tempo.

<sup>103</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. p. 642-643.

Os efeitos do ato nulo são *prima facie* só aparentes, pois ocorreriam apenas no mundo dos fatos, ao passo que os efeitos do ato anulável são *prima facie* legítimos, juridicamente reconhecidos.<sup>104</sup> Contudo, a desconstituição desses efeitos, aparentes ou não - ou de sua remoção da realidade – no caso dos atos normativos, é sempre necessária, seja o ato nulo ou anulável. Uma Lei, uma Emenda Constitucional, uma Resolução ou Decreto, ordinariamente, são aplicados desde a sua edição pelos agentes públicos e produzem efeitos – sejam eles fáticos ou jurídicos – que precisam ser eliminados, quando reconhecida a invalidade do ato normativo. Uma vez promulgados/publicado eles adquirem vigência e, assim, capacidade para produzir efeitos normativos, jurídicos e sociais.

Daí que, ao fim e ao cabo, é despicienda a discussão sobre nulidade ou anulabilidade.

Ademais, o ordenamento jurídico, às vezes, por meio de outras normas, reconhece efeitos válidos ao ato nulo (eficácia putativa)<sup>105</sup>, com base na putatividade dos atos jurídicos<sup>106</sup>. Nesses casos, porém, a jurisdição dos efeitos é dada pela incidência de outras normas. Ambas espécies de invalidade, em si, não significam ausência de produção de efeitos, pois a invalidade:

não impede que os comportamentos que o autor executou não possam ser qualificados pelo direito, não enquanto parte do negócio jurídico (inválido), mas enquanto comportamentos lícitos ou ilícitos aos que podem ser afetadas conseqüências jurídicas<sup>107</sup>.

Não há, assim, que se contrapor nulidade/anulabilidade como absolutamente antagônicos, porque, na prática, o alcance temporal da invalidade será idêntico: eliminação de efeitos retroativamente, *ex tunc*.

Igual conclusão afigura-se no Direito Administrativo. Exemplificamente, o enunciado da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal usa a expressão “anular os

<sup>104</sup> Diferenciam-se duas hipóteses fáticas: uma decorrente da eficácia jurídica e a outra com aparência de eficácia jurídica, que levaram duas pessoas a ocuparem dois imóveis (uma com base em contrato válido e eficaz e outra com base em contrato inválido e ineficaz). Ora, ainda que haja diferença na qualificação jurídica, mesmo no caso do contrato inválido, alguém tem dúvidas de que será necessária uma decisão judicial que retire o ocupante do imóvel, ainda que sua ocupação seja de efeito meramente aparente? (MELLO, 2007, op. cit., p. 70-74).

<sup>105</sup> MELLO, 2007, op. cit., p. 70-74.

<sup>106</sup> Ver, por exemplo, art. 1561 do Código Civil Brasileiro: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.” Ainda, art. 1828 do Código Civil: “O herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de proceder contra a quem o recebeu.”

<sup>107</sup> MICHELON JR, op. cit., p. 63.

atos administrativos”, como sinônima de invalidar, de tornar nulo, assim como os artigos 54 e 55 da Lei do Procedimento Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99) tratam o termo “anulação dos atos administrativos”<sup>108</sup>.

Por outro lado, há autores que distinguem hipóteses de nulidade e de anulabilidade do ato administrativo, segundo a gravidade do vício<sup>109</sup>. Para isso, atribuem uma classificação aos vícios dos atos administrativos para, então, distinguir as espécies de invalidade<sup>110</sup> (nulidade e anulabilidade). Logo, a distinção dependeria da própria pré-definição da classe dos vícios que geram a invalidade e, assim, poderia haver a determinação da sanção correspondente (nulidade ou anulabilidade). Mas tal distinção, além de depender de uma análise da legislação, casuisticamente, simplesmente desloca o problema de um para outro lugar (da sanção para a qualificação do vício).

Por conseguinte, ontologicamente “nulidade” e “anulabilidade” não são distinguíveis. Sob o ponto de vista prático, o resultado é semelhante.

No caso da nulidade, “não deveriam existir efeitos jurídicos válidos do ato” e, no da anulabilidade, “devem ser desconstituídos os efeitos jurídicos do ato”. Os dois, porém, exigem *prima facie* uma retro-atividade do “efeito apagador” de uma decisão, sobre situação meramente fática e/ou aparente (nulidade) ou situação legítima, mas ilícita (anulabilidade). Tanto o nulo quanto o anulável afetam a realidade da vida diante da sua transformação dos fatos e dos atos humanos praticados com base neles.

O problema é, apenas, de aceitação da legitimidade jurídica *prima facie* dos efeitos ou da sua inaceitabilidade, enquanto não sobrevier uma decisão judicial definitiva.

Em segundo lugar, atribui-se a Kelsen a paternidade da sanção de “anulabilidade”, mormente pelas suas contribuições no modelo do Tribunal Constitucional da Áustria. Ele seria defensor da anulabilidade do ato inconstitucional

---

<sup>108</sup> “Art. 53 – A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos [...]. Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 05 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.” (BRASIL, 1999).

<sup>109</sup> ZANCANER, op. cit., p. 88.

<sup>110</sup> Veja-se, por exemplo, a Lei nº 4.717/65 – Ação Popular – que no art. 2º enumera os vícios que tornam os atos administrativos nulos e, no art. 3º, declara que todos os demais atos lesivos não enumerados seria anuláveis. A Lei, portanto, enumera e distingue precisamente os vícios e a correspondente sanção.



(e aí incluem – de lambuja - uma eficácia *ex nunc* à decisão de anulabilidade), como se se tratasse da expressão única do seu entendimento.

Entretanto, quando se analisa globalmente a obra do autor, verifica-se a compreensão de que a conseqüência da inconstitucionalidade – para Kelsen - poderia ser também uma “anulabilidade com eficácia retroativa”, com caráter desconstitutivo<sup>111</sup> voltada para o passado. Logo, a estrita eficácia *ex nunc* não pode ser atribuída ao autor, como se rejeitasse qualquer alternativa diversa.

Em certas obras mais recentes, ainda, identifica-se uma possível confusão na tradução do vernáculo “*Vernichtbarkeit*”, utilizado por Kelsen quando se refere à “anulação”, que seria melhor compreendido como “nulificabilidade” da norma, diferente da nulidade *a priori*<sup>112</sup>, mas que indicariam uma anulação desconstitutiva retroativa (com *eficácia ex tunc*).

Portanto, para Kelsen, a invalidade com eficácia retroativa – ou seja, a conhecida “nulidade” do ato inconstitucional - não apenas seria possível, como representaria o grau mais elevado de anulabilidade (em sentido amplo)<sup>113</sup>. Kelsen parece identificar a nulidade como a própria inexistência, daí porque se diz, apressadamente, que ele não seria adepto da eficácia *ex tunc* da invalidade, quando, na verdade, ele não exclui absolutamente uma eficácia invalidatória à modalidade “*ex tunc*”.<sup>114</sup>

Logo, se ambas sanções podem vir a retroagir temporalmente, apagando a

---

<sup>111</sup> “Quanto ao alcance no tempo, a anulação pode se limitar ao futuro ou, ao contrário, também se estender ao passado, isto é, ocorrer com ou sem efeito retroativo. [...] O ideal de segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular pro futuro, isto é, a partir da anulação. [...] No entanto, certas circunstâncias podem tornar necessária uma anulação retroativamente. Não se deve pensar apenas no caso extremo, precedentemente considerado, de uma retroatividade ilimitada, em que a anulação do ato equivale à sua nulidade [...]. Deve-se considerar antes de mais nada um efeito retroativo excepcional, limitado a certos casos específicos ou a uma certa categoria de casos.” (KELSEN, 2003, op. cit. (título original “La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle, 1928).

Igualmente, KELSEN, Hans. Rapport sur la garantie jurisdictionelle de la Constitution in Annuaire de l'Institut International de Droit Public, 94 (PARIS, 1929), p. 127 apud CAPPELLETI, Mauro. op. cit., 1999, p. 122 nota 14: “**cet effect rétroactif de l'annulation est une nécessité technique parce que, sans lui, les autorités chargées de l'application du droit n'auraient pas d'intérêt immédiat et par suite suffisamment puissant à provoquer l'intervention du tribunal constitutionnel..Il faut les encourager à présenter ces requêtes em attribuant des cas à l'annulation un effet rétroactif**”. Em uma tradução livre: “Este efeito retroativo da anulação é uma necessidade técnica porque, sem ele, as autoridades incumbidas da aplicação do direito não teriam interesse imediato e, por conseguinte, suficiente para provocar a intervenção do tribunal constitucional. É preciso encorajá-las a apresentar esses pedidos, atribuindo, nesses casos, à anulação um efeito retroativo.” (Tradução livre).

<sup>112</sup> HECK, 2008, op. cit., p. 34.

<sup>113</sup> No Direito Pátrio, essa interpretação e defendida por NERY, Rosa Maria. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>114</sup> KELSEN, 2000, op.cit., p. 306-308.

eficácia pretérita da norma inconstitucional e ambas dependem de decisões judiciais que as reconheçam, sob o ponto de vista dos destinatários das normas - não há contraposição entre nulidade ou anulabilidade dos atos inconstitucionais. Na prática, a norma é inválida e os seus efeitos deverão ser apagados, sejam eles aparentes (nulidade), sejam eles temporariamente admissíveis, enquanto não reconhecidos judicialmente (anulabilidade).

O que existe, num ou noutro sistema (modelo) de controle de constitucionalidade é uma preferência – constitucional ou jurisprudencial - por uma ou outra eficácia temporal da invalidação – com cláusulas de restrição ou de ampliação destes efeitos, para melhor adequar a regra aos casos em juízo, a depender da maior ou menor autoridade que se confira ao ato normativo editado pelo ente público. E, como se verá, essa preferência constitui a regra de julgamento, fundada na eficácia da própria norma constitucional violada, e que deve ser seguida pelo Judiciário, pois orienta a conduta do julgador diante da inconstitucionalidade, mas que, ao mesmo tempo, é norma que admite excepcionalização.

Essas considerações demonstram, assim, o falso dilema na contraposição entre nulidade como eficácia *ex tunc* e anulabilidade, com suposta eficácia *ex nunc*, porque doutrinariamente não há consenso sobre uma distinção precisa entre ambas e, na prática, há uma previsão ordinária e primária do alcance da sanção de invalidade do ato inconstitucional – eficácia *ex tunc* - superável excepcionalmente.

### ***2.2.2 Proposta de compreensão pragmática-sistemática da sanção de invalidade do ato inconstitucional***

Com o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo, há o pressuposto jurídico para a incidência da norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional. Essa norma-sanção, decorrente da validade, da vigência e da eficácia da própria norma constitucional violada, como se disse antes, é dirigida ao julgador, determinando o desfazimento da incidência, da aplicação e dos efeitos eventualmente irradiados pelo ato inconstitucional.

Embora as normas da Constituição – como quaisquer normas jurídicas - não impeçam a edição de atos normativos contrários aos seus comandos, elas estabelecem uma prescrição ao Juiz, como conseqüência que implicará a exclusão

de tais atos<sup>115</sup>. Por isso, a sanção é norma de garantia da coercibilidade e da normatividade das normas da Constituição.

A norma-sanção tem o seguinte conteúdo: a) no plano normativo, ao ato inconstitucional não deve ser reconhecida validade jurídica (vinculatividade, obrigatoriedade) e, assim, não pode ele ter servido como *fundamento* para a realização de qualquer ato normativo geral ou individual; b) no plano fático, determina que não possa o ato inconstitucional ter servido como razão ou fundamento para modificação física da realidade e, portanto, seus efeitos devem ser apagados.

Logo, a sanção de invalidade não apenas retira a validade do ato inconstitucional, mas determina o desfazimento da sua eficácia normativa (incidência), jurídica (aptidão para produzir efeitos, como revogar outras normas) e social.

A Constituição Brasileira não previu expressamente essa ou outra espécie de sanção (conseqüência jurídica) para o caso de inconstitucionalidade por ação. Isso, todavia, não significa que o legislador possa exercer uma competência discricionária sobre a determinação de qual seja essa sanção e, ainda menos, que possa dispor do conteúdo e dos efeitos temporais dela. Ocorre que a norma-sanção preserva a autoridade da norma constitucional, enquanto norma jurídica de maior hierarquia no sistema. E a retroatividade da sua eficácia é garantia da vinculatividade e da obrigatoriedade da norma constitucional.

Entretanto, ao se analisar a eficácia temporal dessa sanção, ou sua classificação jurídica, muitas discussões doutrinárias travam-se quanto à nomenclatura (se a inconstitucionalidade conduz à inexistência, à nulidade ou à anulabilidade), e não se centram na compreensão da sua funcionalidade.

Sem dúvidas, caracterizar a norma-sanção como caso de “inexistência” do ato normativo é inaceitável. A incidência da norma-sanção sobre o ato inconstitucional – que depende de uma decisão judicial – não poderia, por si, gerar um irrelevante jurídico (a inexistência do ato). É a aplicação de uma norma-sanção sobre o ato inconstitucional que determina a sua retirada do ordenamento e não a sua qualidade em si mesma<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> NEVES, op. cit., p. 76.

<sup>116</sup> PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 620-621. Segundo o autor, seria de estranhar que tamanhas discussões existam a respeito dos efeitos e da natureza jurídica da sanção ao ato

Uma vez editada a norma, emanada de uma fonte institucional (Estado) reconhecida como capaz de estabelecer normas, e uma vez publicado no Diário Oficial este ato promulgado, todos os defeitos possíveis e imagináveis implicarão a sua invalidade. Objetivamente, cumpridos esses requisitos mínimos, não há como os cidadãos ou os órgãos (públicos) negarem a existência do ato normativo, *ipso facto*, sem correrem o risco das conseqüências decorrentes do descumprimento (punição, sanção, execução, etc). Além desses, como já visto, não há critérios tão seguros que permitam discernir a inexistência da própria invalidade do ato normativo no plano constitucional.

Logo, segundo lição de Vilanova<sup>117</sup>:

Descabe, assim, sustentar que uma lei inconstitucional é natimorta, é uma norma que não vale, é nula, confundindo-se assim o nulo com o inexistente. A nulidade de uma norma é o caso mais agravado da anulabilidade. Depende da eficácia que o sistema conceda ao ato-de-derrogação. Se há retroeficácia, apanham-se os efeitos de incidência da norma ex tunc: há nulidade. Se a norma vale até que é derogada, sendo necessário a intervenção dos indivíduos não-órgãos (porque é no seu interesse que se lhes dá a anulabilidade), então há anulabilidade. Mas a anulabilidade dita absoluta, de que padece uma norma, não significa sua não-validade.

Ora, nesse sentido, tem-se que a funcionalidade da sanção é a seguinte: certificado o vício do ato, ocorre a incidência da norma-sanção de invalidação/exclusão do ato inconstitucional, com efeitos primariamente retrospectivos, porque somente assim se está retirando da ordem jurídica efeitos jurídicos e sociais do ato e re-estabelecendo a validade e vigência da norma constitucional violada. Daí que o conteúdo deontológico da invalidação é voltando também à alteração do passado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal assevera, há tempos, que o ato inconstitucional não produz (*rectius* não deve produzir) efeitos<sup>118</sup>, sendo desprovido da aptidão para gerar e operar qualquer efeito jurídico, isto é, qualquer “efeito no

---

inconstitucional, exigindo-se, além disso, a reserva de plenário em julgamentos de inconstitucionalidade, tudo para simplesmente declarar um “estado de coisas” (*state of facts*) evidente – como a inexistência do ato perante o Direito. Na verdade, essas razões indicam que a lei inconstitucional (uma ato normativo inconstitucional) é lei (ato normativo), embora nulamente o seja.

<sup>117</sup> VILANOVA, op. cit., p. 43.

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1.102-2**. Relator: Min. Min Maurício Corrêa. Brasília, 05 de outubro de 1995. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2007i.

Mais antigamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n 7.423-CE**. Relator: Min. Luiz Galloti. Brasília, 1960. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2007j.

plano do Direito”<sup>119</sup>. Interessante notar que “a decisão que declara inconstitucional determinado diploma legal encerra em si mesma, o efeito de excluir a eficácia da lei ou ato normativo”<sup>120</sup>. Em outras palavras, a decisão de “declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez à sua sombra”<sup>121</sup>. Trata-se de uma imputação normativa de conseqüências da inconstitucionalidade, e não simplesmente de uma qualidade ou atributo do ato normativo (ser inválido, ser nulo, ser anulável).

O sentido da norma da invalidação é condicionado, como toda norma jurídica<sup>122</sup>, ao estabelecer para o Juiz um mandamento de deverem-vir-a-ser invalidado o ato inconstitucional e os seus efeitos.

Pode ser que a norma-sanção não possa ser cumprida, ou realizada plenamente. Como regra geral, entretanto, a norma inconstitucional deve ser (e não “é”) incapaz de produzir efeitos jurídicos legítimos, dever ser (e não é) sem eficácia<sup>123</sup>, deve ser, (e não é) sem nenhum valor normativo<sup>124</sup> o que se concretiza pela incidência da norma-garantia da invalidação.

Assim, uma compreensão pragmática da sanção considera o conteúdo e a funcionalidade da norma-sanção invalidatória no controle de constitucionalidade – independente de os efeitos do ato inconstitucional serem “aparentes”, “temporariamente legítimos”, “decorrentes da mera executoriedade do ato normativo”, ou de outro *nomem iures*. Desfazê-lo, desconstituí-lo ou declarar a sua invalidade resulta sempre de uma deliberação judicial definitiva, exclusiva (quanto à definitividade) do Poder Judiciário, embora não seja ato privativo deste Poder a pretensão ao reconhecimento da inconstitucionalidade<sup>125</sup>.

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 513-8- DF**. Relator: Ministro Célio Borja. Brasília, 14 de junho de 1991. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2007k.

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 103.619-RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 27 de maio de 1980. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2007l.

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 57.310-PB**. Relator: Ministro Antônio Villas Boas. Brasília, 15 de agosto de 1964. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2007m.

<sup>122</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 292-293. Segundo o autor, como o Direito é mandado, ele é dever-ser e, dessa forma, ao mesmo tempo que comanda, pressupõe a possibilidade do não-ser. Daí a condicionalidade de toda norma jurídica.

<sup>123</sup> POLLETI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 110.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 136.215-RJ**. Relator: Ministro Octávio Galloti. Brasília, 06 maio de 1993. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2007n.

<sup>125</sup> Por isso, o fato de o Poder Executivo estar autorizado a descumprir uma norma inconstitucional – como defendem alguns – não é prova da sua nulidade nem da sua anulabilidade. A doutrina refere que esse “poder” ou essa “competência” estaria condicionada à possibilidade de revisão do ato, pelo

Deve-se superar a disputa pela nomenclatura da sanção (nulidade ou anulabilidade), pois o certo é que a partir da decisão de um Tribunal ou de um Juiz singular, destinatários da norma-sanção invalidatória, aplicando-a, é legítimo esperar-se uma deliberação quanto à alteração do passado (o ato normativo não pode servir como fundamento jurídico para outros atos e, nem mesmo, poderia legitimamente normatizar a realidade) e, quanto ao futuro, espera-se não mais perdurar tal ato como normativo (capaz de obrigar, de permitir ou de proibir condutas).

Finalmente se, por amor ao conceitualismo, se quisesse admitir um *nome iures* à sanção de invalidade, melhor seria denominá-la de nulidade, a partir de uma classificação altamente difundida – mas como se viu incompleta - das invalidades jurídica em nulidade (grau mais intenso) e em anulabilidade (grau menos intenso), presumindo-se a ilegitimidade dos efeitos do ato inconstitucional, se ele produzir algum efeito.

### **2.3 A classificação do conteúdo da sanção de invalidade do ato inconstitucional: regra ou princípio jurídico**

Estabelecido o conteúdo de dever-ser da norma-sanção, resta compreender a sua estrutura, isto é, se ela consubstancia uma regra ou um princípio jurídico, facilitando, com isso, a justificação e a orientação de como proceder para operacionalizar a modulação dos efeitos temporais da norma-sanção.

A classificação da norma-sanção, ao menos no seu caráter preliminar (*prima facie*), enquanto regra ou princípio, facilita ao intérprete/aplicador o seu manejo na definição das hipóteses de sua aplicação e na realização do conteúdo do seu dever-ser. Além disso, possibilita-se determinar e aliviar o ônus argumentativo do intérprete/aplicador, identificando adequadamente o que precisa ser fundamentado e

---

Poder Judiciário. Afinal, então, como fica um “poder” se ele sempre dependerá do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade, que confirme a decisão da autoridade? Isso também não poderia ser atribuído a um particular? Quando se defende que a todos existe um tal poder de descumprir uma lei inconstitucional, na verdade, está-se pressupondo uma inconstitucionalidade ontológica e subjetiva (na compreensão de quem alega) – que a norma estaria “certa” ou “errada” do ponto de vista da Justiça, da Moralidade ou da Teologia. Sabidamente, no Direito posto tal juízo subjetivo do intérprete, se não for objetivamente correto, implicará conseqüências sancionatórias àquele que descumprir o ato, alegando sua inconstitucionalidade, se os Tribunais não a acatarem. Logo, irremediavelmente, nada se prova sobre a natureza da invalidade do ato inconstitucional a partir do precitado raciocínio.

de que forma<sup>126</sup>, tanto na aplicação da norma-sanção invalidatória, quanto na sua excepcionalização (superação), mediante a modulação dos seus efeitos temporais.

Ainda, num Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), pressupõe-se que as conseqüências jurídicas de uma inconstitucionalidade por ato do Poder Público estejam estabelecidas de forma clara e inteligível, e não sujeita a surpresas. É mister que a norma-sanção seja consistente com os demais princípios e regras estruturais da ordem jurídica. Não há Estado de Direito sem regras de Direito claras e seguras, embora isso não signifique afastar o caráter argumentativo das decisões jurídicas, mas apenas (de)limitá-lo<sup>127</sup>.

Finalmente, se se pensa o Direito como passível de um conhecimento racional pelos seus destinatários, então devemos ter em mente que certas condições de clareza e de racionalidade são pressupostas nesta empreitada. É preciso observar que na solução das questões jurídicas, mediante processos judiciais, no qual a argumentação jurídica toma força e vigor, “falantes diferentes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes.”<sup>128</sup>

### **2.3.1 O caráter de princípio jurídico atribuído à sanção de invalidação do ato inconstitucional**

Parte da doutrina atribui à norma-sanção de invalidade *ex tunc* o caráter de princípio constitucional (princípio da nulidade). Ele seria mais um dentre tantos princípios constitucionais, mas que determinaria a nulidade *ex tunc* dos atos inconstitucionais. Diante disso, classifica-se como “princípio constitucional implícito, já que não se encontra expressamente redigido no texto constitucional, porém decorre logicamente de outros princípios de estatura constitucional”<sup>129</sup>.

Para Mendes, o princípio da nulidade da lei inconstitucional é dotado de hierarquia constitucional, pois “Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei

<sup>126</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 65-66.

<sup>127</sup> MACCORMICK, 2008, op. cit., p. 17.

<sup>128</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1988. p.184-187.

<sup>129</sup> LIMA, Christina Aires Correa. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: RT, n. 27, p. 198, 2001.

inconstitucional.”<sup>130</sup>

Contudo, atualmente, tal princípio da nulidade não constituiria mais nenhum “dogma no direito constitucional pátrio”. Trata-se de um princípio que deve ser ponderado<sup>131</sup> com a realização dos demais princípios, sem ser absolutizado:

Desse modo, fixado que o princípio da nulidade não é um princípio absoluto, [...] ele prevalecerá nas decisões que declarem a inconstitucionalidade de um ato, com seus efeitos *ex tunc*, a não ser que, no caso em questão, ao se tentar imprimir o efeito *ex tunc* à decisão que considerou inconstitucional um ato, retirando-o do mundo jurídico, o princípio da nulidade se depare com outro princípio constitucional, que vá contra a essa anulação.<sup>132</sup>

Assim, a modulação dos efeitos da invalidade do ato inconstitucional decorreria do sopesamento entre os princípios da nulidade, que reclamaria uma invalidação *ex tunc*, e de outros princípios constitucionais colidentes, que exigiriam a preservação dos efeitos, instrumentalizada essa ponderação pelo princípio da proporcionalidade. Dever-se-iam harmonizar os interesses, ainda que um deles sofra restrição na sua normatividade:

Assim, entendemos que o princípio da proporcionalidade autoriza uma restrição à eficácia *ex tunc* da decisão proferida no controle de inconstitucionalidade, sempre que esta restrição: a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; b) não houver solução menos gravosa para proteger o referido interesse, c) o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais<sup>133</sup>.

O princípio da nulidade só poderia ser afastado ou restringido “se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional”<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 326.

<sup>131</sup> A ponderação deve ser considerado um procedimento destinado à harmonização da normatividade de bens, de valores ou de interesses. Comumente, contudo, utilizam-se na ponderação os princípios. Está presente no terceiro princípio parcial da proporcionalidade, que se guia pela seguinte “lei”: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In: \_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b. p. 105-116. p. 111.

<sup>132</sup> LIMA, 2001, op. cit.,

<sup>133</sup> SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: Daniel Sarmento (org). **O controle de constitucionalidade e a lei 9868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 p. 38.

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito



O juízo “ponderativo” seria guiado da seguinte forma: a) a restrição à eficácia *ex tunc* deve mostrar-se apta a garantir a sobrevivência dos interesses contrapostos (adequação); b) deve ser restringida a eficácia *ex tunc* se não houver solução menos gravosa para proteger referido interesse constitucional; c) o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão deve compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais.

Com isso, os efeitos da norma inconstitucional seriam mantidos forte na eficácia de outra norma constitucional, com maior peso no caso, afastando-se o princípio da nulidade da norma inconstitucional.

### 2.3.2.1 Começo de conversa: razões para a recusa de caráter de norma-princípio à sanção de invalidade do ato inconstitucional

Na doutrina, há críticas à concepção do princípio da nulidade das normas inconstitucionais. Heck<sup>135</sup> assinala algumas razões pelas quais não se poderia falar num “princípio da nulidade”:

Deve, diante disso, ser observado que, primeiro: a nulidade [...] não é mandamento de otimização [...]; segundo, ela não é um princípio formal [...], assim, também, nesse âmbito não se pode apresentar como um princípio em sentido contrário; terceiro: nessa conexão, o conceito de ponderação não se coloca [...] quarto: é um princípio não-escrito, por isso, sua base não pode ser procurada na “imagem global pré-constitucional”

Dividiremos as críticas sistematicamente, chamando a atenção para as mais pertinentes.

#### **A) Dificuldade conceitual – falta de clareza do fundamento do “princípio da nulidade” e da premissa na distinção entre regras e princípios**

A primeira dificuldade da aceitação de um “princípio jurídico” é a própria nomenclatura adotada de forma inconsistente com os pressupostos das teorias dos princípios.

---

constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

<sup>135</sup> HECK, 2008, op. cit.

Sabidamente, o conceito de princípio é controvertido, variado, multifacetado e seria preciso definir qual deles é o adotado pelos defensores do princípio da nulidade. Por exemplo, para Larenz princípios jurídicos foram concebidos como normas com graus elevados de abstração, delas decorrendo direta ou indiretamente normas de comportamento, porém, sem aplicação imediata como as regras, que detém estrutura de proposição jurídica (se X, então Y)<sup>136</sup>. Eros Grau, citando Carrió, aponta onze significações atribuíveis à expressão princípio jurídico<sup>137</sup>. Para Ferreira Filho<sup>138</sup>, há ao menos três sentidos possíveis de “princípios jurídicos”:

Num primeiro, seriam “supernormas”, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são pontos de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma “abstração por indução”.

Como se vê, poder-se-iam citar dezenas de conceitos, vulgarizados em tempos de pós-positivismo e de supervalorização do próprio termo “princípio”.

Diante dessa multiplicidade, em primeiro lugar, para imputar à nulidade a estrutura de norma-princípio seria necessário mencionar qual é o conceito de princípio adotado. Quem o adota, porém, não demonstra o conceito pressuposto.

Se se pressupõe a adoção das concepções mais difundida na doutrina, ou seja, as concepções de Robert Alexy e de Humberto Ávila, não haveria guarida na classificação da nulidade enquanto norma-princípio.

Para Alexy, princípios e regras são espécies do gênero norma-jurídica. A distinção entre princípios e regras não é uma distinção de grau, mas uma distinção lógica e qualitativa<sup>139</sup>. Princípios não estabelecem conseqüências jurídicas que devem necessariamente ocorrer diante da ocorrência de certas condições fáticas, mas constituem mandamentos de otimização. São normas que ordenam que algo seja realizado na medida tão alta quanto possível, segundo as possibilidades fáticas

<sup>136</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência jurídica**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 450 e ss.

<sup>137</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros: São Paulo, 1998a. p. 76.

<sup>138</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Amauri Mascaro do Nascimento**. São Paulo: Letras, 1991. v. I, p. 73-74.

<sup>139</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 85-120.

e jurídicas<sup>140</sup>.

As possibilidades fáticas são dadas pelo caso concreto; as jurídicas, pelos princípios em sentido contrário, que possuem alguma relevância para a questão, legitimando um processo de ponderação entre ambos e, eventualmente, o estabelecimento de uma regra de precedência condicionada, válida apenas para o caso específico<sup>141</sup>. Princípios são normas que estabelecem obrigações *prima facie*, portanto, não definitivas e dependentes da ponderação, permitindo-se a complementação do seu conteúdo, que não está pronto no próprio princípio. Por isso, os princípios são razões *prima facie*.

Regras jurídicas, por outro lado, são normas aplicáveis no “modo tudo ou nada”, isto é, ocorrida a hipótese normativa na realidade, ou a regra pertinente é aplicada e é válida, junto com sua consequência, ou não tem relevância para o caso. Regras colidem abstratamente e, em caso de colisão, para se estabelecer a regra válida, ou se inclui uma exceção na regra (em razão da promoção de um princípio) ou uma delas será invalidada<sup>142</sup>.

As regras fixam obrigações definitivas, mandamentos definitivos, depois de todas as razões consideradas no caso concreto, o que indicia que também as regras oferecem razões *prima facie* para as normas, mas em um sentido mais forte do que os princípios. Pode haver situações em que as regras instituem apenas razões *prima facie* em sentido estrito, porque como elas possuem a determinação fática e as condições jurídicas pré-determinadas por elas próprias<sup>143</sup>, essas circunstâncias podem não se verificar ou outras circunstâncias não consideradas pela regra podem ser invocadas, autorizando a superação da regra ou a sua restrição teleológica. Como preleciona Alexy:

O caso das regras é totalmente diverso (dos princípios). Como regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante das possibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> ALEXY, Robert. **A fórmula peso**. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a. p. 55-69 e p. 64-65.

<sup>141</sup> Embora seja possível universalizá-la, no sentido de aplicá-la não apenas ao caso particular, mas a todos os casos de colisões de princípios em que os fatos sejam os mesmos.

<sup>142</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 103-105.

<sup>143</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 104-105.

<sup>144</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 104.

Já para Ávila princípios e regras podem ser distinguidos num plano preliminar, *prima facie*, e num plano conclusivo (*all things considered*). Discorre o autor que os critérios *standards* de distinção (caráter hipotético-condicional, modo de aplicação, conflito normativo, fundamento axiológico) ou são inadequados em qualquer hipótese, porque não diferenciam as normas (caráter hipotético-condicional e fundamento axiológico) ou são insuficientes, porque demandam a consideração de todas as circunstâncias do caso para, só ao final, quando já construída a decisão, poder-se concluir pelo caráter de princípio ou de regra (da norma)<sup>145</sup>.

A caracterização da norma, como regra ou como princípio ou, ainda, como postulado normativo (metanorma), depende, em primeiro lugar, da compreensão de que um dispositivo legal pode sustentar quaisquer destas características, embora não ao mesmo tempo e sob a mesma perspectiva: comportamental (regra), finalística (princípio) e metódica (postulado),<sup>146</sup> dependendo das conexões axiológicas e da construção argumentativa do intérprete.

Os critérios pelos quais se podem diferenciar princípios e regras devem ser a natureza do comportamento prescrito, o modo de justificação necessário à sua aplicação e medida de sua contribuição para a decisão.

Segundo o primeiro critério, princípios são normas que prescrevem, imediatamente, um estado ideal de coisas (um fim juridicamente relevante e devidamente especificado) que deve ser realizado ou preservado, exigindo-se, para tanto, a adoção de condutas que promovam ou protegem este estado ideal de coisas<sup>147</sup>. Têm caráter deontológico-teleológico, pois estipulam razões para normas, cujo conteúdo são proibições, permissões ou obrigações que promovam ou protegem certo estado ideal de coisas<sup>148</sup>.

Regras são normas imediatamente descritivas dos comportamentos exigidos (obrigações, permissões e proibições), ao determinarem os elementos normatizados (objeto, sujeito, tempo, etc.) de tal forma que dependem menos da influência de outras normas na determinação do seu conteúdo<sup>149</sup>, isto é, são pré-determinadas conteudisticamente, embora possam carecer de complementação. Assim, têm caráter deontológico-deontológico, uma vez que estabelecem razões para as

---

<sup>145</sup> ÁVILA, 2008a, op. cit., p. 65-68.

<sup>146</sup> ÁVILA, 2008a, op. cit., p. 68-69.

<sup>147</sup> ÁVILA, 2008a, op. cit., p. 71-73.

<sup>148</sup> AARNIO apud ÁVILA, 2008, p. 72.

<sup>149</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 72.

normas, cujo conteúdo são proibições, permissões ou obrigações descritos, definidos e determinados para a ação exigida (normas do que deve ser feito)<sup>150</sup>.

Assim, embora tanto regras quanto princípios façam referência à realização de fins e de comportamentos, o que lhes diferencia é a primariedade do aspecto comportamental ou do aspecto finalístico a ser seguido.

De acordo com o critério do modo de justificação da sua aplicação, isto é, a definição preliminar da forma como se argumentará a aplicação da norma, princípios exigem a correlação entre os efeitos da conduta exigida e a promoção ou proteção do estado ideal de coisas, sempre e em todas as ocasiões, sendo, por isso “estável o ônus argumentativo”<sup>151</sup>. Logo, conquanto sem descrever qual comportamento, admitem a sua necessidade a partir da demonstração da pertinência do comportamento à promoção ou à proteção do estado ideal de coisas.

Já as regras exigem, na sua aplicação, uma argumentação que correlacione a descrição fática da realidade à descrição do enunciado normativo e à finalidade que dá suporte à regra<sup>152</sup>. O ônus argumentativo é fácil se a descrição factual enquadrar-se perfeitamente na descrição normativa, porque basta demonstrar a correspondência e realizar a subsunção, sem referência à finalidade da regra, porque as razões de autoridade da própria regra bastam para justificá-la. Entretanto, em certos casos, não há essa correspondência direta, sendo necessário, então, buscar na finalidade da regra a possibilidade de sua aplicação a casos não previstos. Ainda, pode ser necessário deixar de aplicar a regra ao caso, pela ponderação entre a razão substancial da regra (que a manda aplicar), junto com a razão de autoridade que a respalda (segurança jurídica, certeza do direito) e outras razões substanciais de outras normas jurídicas que exigem a não-aplicação da regra.<sup>153</sup> De qualquer forma, o ônus argumentativo não é estável e pré-determinado, variando conforme a aplicação da regra e os influxos dos fatos sobre a realidade normativa.

Finalmente, é possível distinguir os princípios das regras com base na forma de sua contribuição para a decisão, isto é, de que forma eles influem sobre o intérprete fixando o conteúdo normativo. Os princípios:

---

<sup>150</sup> AARNIO apud ÁVILA, 2008, p. 152.

<sup>151</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 74-76.

<sup>152</sup> SUMMERS apud ÁVILA, 2008, p. 73.

<sup>153</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 74-75.

[...] consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.<sup>154</sup>

Assim, princípios possuem uma abertura maior à influência de outras normas na definição do seu conteúdo (interdependência) e são, inicialmente, apenas parciais na solução de um caso, visto que outros tantos princípios e regras podem ser considerados e não são pré-excluídos.

Por outro lado, as regras são normas “preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”<sup>155</sup>. Apresentam caráter terminativo, pré-determinando os aspectos relevantes para a decisão naquelas hipóteses fáticas normativas, e tem menor interdependência para com as demais normas.

Diante dessas duas concepções dominantes na doutrina, numa interpretação caritativa dos autores, até parece ter sido adotado o conceito de “princípio jurídico” utilizado por Alexy, principalmente pela referência às obras do autor, ainda que indiretamente, por citações de Canotilho<sup>156</sup>. Contudo, as construções neste sentido não estão justificadas.

Seria preciso demonstrar a operacionalidade do conceito de princípio, isto é, a sua utilização concreta, através da análise do mandamento que contém, do fim que se busca realizar e do fundamento constitucional para tanto – além do peso correlato. Àqueles que imputam à “nulidade da norma inconstitucional” o caráter de princípio-jurídico incumbe o ônus de demonstrar que se está diante de uma norma-princípio e como se operacionaliza tal conceito<sup>157</sup>.

<sup>154</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 76-78.

<sup>155</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 76-78.

<sup>156</sup> Por exemplo. LIMA, 1999, op. cit.,

Também OLIVEIRA, Aline Lima. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

<sup>157</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional com teoría de la fundamentación jurídica.** Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 283-287. Sabidamente, o discurso jurídico é uma espécie do discurso racional, guiado por regras. Assim as regras da razão, decorrentes do discurso prático geral, impõem que: “2) Todo falante deve, quando lhe é solicitado, fundamentar o que afirma, a não se quando puder dar razões que justifiquem a recusa a uma fundamentação.” (ALEXY apud ATIENZA, op. cit. p. 166).

## **B) Problemas na aplicabilidade do conceito de “princípio da nulidade” - comprometimento e disponibilidade da normatividade das normas constitucionais**

A admissão da norma-sanção de invalidade *ex tunc* (nulidade) da norma inconstitucional como um princípio jurídico encontra limites de aplicabilidade e de racionalidade.

A aplicabilidade é prejudicada, pois implica que se deva determinar casuisticamente o real peso do princípio da nulidade (em relação aos demais princípios), além das condutas que exigiria para a promoção do estado ideal de coisas.

Em primeiro lugar, sendo a norma-sanção um princípio, realizável em diversos graus, cada norma constitucional, fundamento da própria norma-regra da invalidade, poderia ter maior ou menor aptidão para invalidar as normas inconstitucionais, criando-se diferentes níveis de garantias das normas constitucionais. Contudo, como regra geral, abstratamente não há diferença normativa ou hierarquia entre os princípios constitucionais<sup>158</sup>. A distinção hierárquica possível é de natureza axiológica, determinada no momento da aplicação das normas<sup>159</sup>.

Portanto, um “princípio da nulidade”, com aplicação retroativa, jamais poderia constituir também uma “regra de aplicação”, de tal forma a ser sempre considerado, já em tese, como “mais pesado” do que os demais princípios constitucionais com ele colidentes.

Logo, os princípios não têm pesos diferenciados, a menos que se estabeleçam relações de precedência condicionadas entre eles<sup>160</sup>. Assim, em face de cada colisão constitucional, seria preciso estabelecer um peso diferente para o “princípio da nulidade” e para os demais princípios da Constituição que eventualmente reclamassem a preservação dos efeitos do ato inconstitucional. Para saber se uma determinada inconstitucionalidade implicaria a invalidade, deveríamos, então, esperar uma ponderação entre normas, seja por parte do Supremo Tribunal Federal, seja por parte dos demais julgadores.

---

<sup>158</sup> GASTINI apud PRESA, 2001, op. cit., p. 62-67.

<sup>159</sup> Ressalve-se, porém, que “Muitos princípios da constituição não se distinguem em seu peso abstrato. Em alguns, isso, todavia, é diferente. Assim, o direito à vida tem um peso abstrato superior do que a liberdade de atuação geral.” (ALEXY, 2007a, op. cit., p. 139).

<sup>160</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 90 e ss.

Essa situação produz incerteza quanto à normatividade da Constituição, diante da necessidade de se ter de justificar, em cada caso, o porquê da norma Constitucional ter mais peso ou menos peso invalidatório, mais ou menos garantia, mediante a norma-sanção de invalidação. Ao final, a indeterminação do conteúdo temporal da norma-sanção acabaria por transferir a decisão de invalidar o ato inconstitucional de uma imposição da Constituição para uma possibilidade do intérprete-aplicador.

O certo, porém, é que a Constituição pré-determinou a garantia de suas normas. A sanção de invalidade *ex tunc* (com eficácia retroativa), como consequência ordinária da inconstitucionalidade de atos normativos, reafirma a validade/vigência e eficácia e da(s) norma(s) constitucional(ais) violada(s) e é comum a todas as normas constitucionais na mesma intensidade, enquanto dotadas daquela forma de positivação. O que, no fundo, é variável é o grau e a intensidade com que as normas co-incidentes pretendem preservar os efeitos do ato inconstitucional.

Por conseguinte, não há possibilidade de escolha de comportamentos possíveis a serem adotados pelo julgador ou pelo administrador para promover o fim, e nem há, imediatamente, a promoção de um estado ideal de coisas diante da verificação da pertinência da sanção de invalidade. Daí ser insustentável o “princípio” da nulidade.

Além disso, parte-se de uma concepção de “princípio da nulidade” que já vem realizado no grau máximo (invalidade igual à nulidade). Não há um estado ideal de coisas a ser otimizado, pois o ponto de partida do princípio já é o grau máximo de sua realização. Então, restringi-lo em função de outros princípios não é a realização de um mandamento para otimização. O que se exige não é a adoção de comportamentos para otimização do princípio, mas para a des-otimização do princípio da nulidade. É como admitir um “princípio negativo”: comando para não realizar eficácia máxima, o qual já está pré-determinada.

Ainda, há dificuldade de se conseguir aplicar tal princípio e, assim, há um problema estrutural decorrente da própria indeterminação das normas-princípios, quanto aos comportamentos exigidos. Essa indeterminação dificulta a solução dos problemas de forma unitária e uniforme e facilita o influxo dos preconceitos do intérprete sobre a decisão, sem possibilidade de controle intersubjetivo.

Finalmente, não se deve confundir consequência normativa em geral



aceitável diante de certos acontecimentos ou, ainda “pontos de partida para a solução dos problemas prático-jurídicos” com a natureza da norma jurídica (regra ou princípio ou postulado). Explica-se a objeção.

Segundo Maurer, a nulidade da lei inconstitucional seria o “ponto de partida”, ou seja, a idéia “*prima facie*” que deve orientar o julgador ao considerar inconstitucional uma lei. Com base nisso, por exemplo, poder-se-ia pensar que a sanção de invalidação seria, em princípio, com eficácia *ex tunc*; Não, porém, que se trata de “princípio jurídico”. Trata-se de “princípio” entendido como “ponto de partida para a decisão”, que poderá, excepcional e justificadamente, não ser adotado<sup>161</sup>:

A lei anticonstitucional é, fundamentalmente, nula. [...] A declaração de nulidade atua – como nulidade – *ex tunc*. [...] Como a nulidade produz-se *ipso iure*, a declaração de nulidade é somente um ato declaratório que, todavia, obtém um significado constitutivo determinado pelo fato de agora a nulidade da lei estar fixada vinculativo-juridicamente e, com isso, determinante. [...] A concepção, de que a lei anticonstitucional de antemão é nula, não é indiscutível, corresponde, porém, à jurisprudência e à doutrina dominante [...]

Na prática, a declaração de nulidade, certamente, converte-se sempre mais em exceção e a declaração de anticonstitucionalidade ou a continuidade em vigência, limitada temporalmente, da lei, em regra. Contudo, deve ser preservado na nulidade e declaração de nulidade como princípio, cujas exceções carecem de fundamentação.

Portanto, a invalidação retroativa – ou nulidade– é apenas a eficácia ordinária e inicial da norma-sanção, o ponto de partida para a decisão sobre os efeitos temporais.

Por último, tanto regras quanto princípio estatuem sempre obrigações *prima facie*, porque excepcionáveis, embora a força de tal obrigação seja diversa nas duas espécies normativas<sup>162</sup>. Portanto, ao dizer-se que *prima facie* o ato inconstitucional deverá ser sancionado com a invalidade retroativa (nulidade) não se está lhe atribuindo necessariamente o caráter de princípio jurídico.

---

<sup>161</sup> MAURER, Hartmut. Idéia e realidade dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Contributos para o direito do Estado**. Jurisdição constitucional. Tradução de Lus Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a. p. 250-251.

<sup>162</sup> Alexy (2008a, op. cit., p. 103-106) refere que o estabelecimento de uma cláusula de exceção no mandamento das regras as torna também obrigações *prima facie*, mas num grau de imperatividade, digamos assim, mais forte do que a obrigação *prima facie* dos princípios.

### **2.3.2 A fundamentação jurídica da regra da eficácia *ex tunc* da sanção de invalidade do ato inconstitucional**

A norma-sanção de invalidade *ex tunc* do ato inconstitucional deve ser classificada e aplicada como norma-regra, que pré-determina o comportamento necessário para sua realização – apagar os efeitos fáticos e jurídicos do ato inconstitucional.

Em primeiro lugar, é verdade que não há, na Constituição, expressão lingüística definindo os efeitos da sanção à lei ou ao ato normativo reconhecidos como inconstitucionais. Disso não se pode concluir que a questão fica em aberto ao legislador ordinário para livremente conformá-la. A Constituição também não proíbe lingüisticamente a reforma do seu art. 60, § 4º (que prevê as cláusulas pétreas), mas, implicitamente, entende-se que uma Emenda Constitucional, nesse caso, seria inconstitucional<sup>163</sup>. Muitas normas jurídicas estão implicadas na estrutura e na forma de positivação da Constituição, como é o caso da norma-sanção de invalidade.

Recorde-se que a norma-sanção fundamenta-se a partir da própria norma constitucional utilizada como parâmetro no controle de constitucionalidade, pois a sanção é resultado da manifestação da validade e da vigência dos comandos da Constituição. Todavia, tem conteúdo e destinatários diversos daqueles previsto pela norma constitucional<sup>164</sup>.

O conteúdo da norma-sanção é o dever-ser apagado qualquer efeito jurídico ou fático gerado pelo ato inconstitucional. O destinatário deste comando é o Juiz, enquanto autoridade do sistema jurídico capaz de cumprir a tarefa de exclusão do ato inconstitucional. A norma da Constituição deve prevalecer sobre o ato inconstitucional desde o momento em que este é editado, e não apenas a partir do reconhecimento da contradição ou contrariedade. Daí a eficácia *ex tunc* da sanção de invalidade, pois desde antes da edição do ato inconstitucional a norma da Constituição já vigia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conforta esse argumento. Sua análise demonstra que, na maioria dos seus julgados, dentro daquilo que ordinariamente ocorre, a sanção ao ato inconstitucional - invalidade *ex tunc* - não é

---

<sup>163</sup> “São implícitas as vedações atinentes à supressão do próprio artigo que impõe expressamente aquelas proibições. Não teria sentido emenda que suprimisse o disposto no § 4º do art. 60 da CF.” (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38).

<sup>164</sup> A respeito, ver, acima, a sanção de invalidade do ato inconstitucional e o seu caráter normativo.

aplicada de forma “mais ou menos”, mas sim, de um modo próximo ao estilo “tudo ou nada”, ou, ainda, de um modo fortemente decisivo do “problema prático” ocorrido diante da inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, a norma-sanção de invalidade *ex tunc* tem atributos de uma norma-regra, e não de um princípio jurídico. Para tanto, deve-se considerar a natureza do comportamento prescrito pela norma, a justificação exigida para a sua aplicação e a contribuição para a decisão do caso concreto que a norma, e si, apresenta<sup>165</sup>.

As regras jurídicas são normas imediatamente descritivas dos comportamentos exigidos (obrigações, permissões e proibições), ao determinarem os elementos normatizados (objeto, sujeito, tempo, etc.) de tal forma que dependem menos da influência de outras normas na determinação do seu conteúdo<sup>166</sup>. São normas pré-determinadas conteudisticamente, preliminarmente resolutórias do problema jurídico, embora possam carecer de complementação. Assim, têm caráter deontológico-deontológico, cujo conteúdo são proibições, permissões ou obrigações descritas, definidas e determinadas para a ação exigida. Embora tanto regras quanto princípios façam referência à realização de fins e de comportamentos, o que lhes diferencia é a primariedade da valorização do aspecto comportamental (regra) ou do aspecto finalístico (princípios)<sup>167</sup>.

As regras exigem, na sua aplicação, uma argumentação que correlacione a descrição fática da realidade à descrição fática do enunciado normativo e à finalidade que dá suporte à regra<sup>168</sup>. Em geral - na maioria dos casos - basta demonstrar a referida correspondência e realizar a subsunção, sem referência à finalidade da regra, porque as razões de autoridade da própria regra bastam para justificá-la<sup>169</sup>, a menos que outras razões possam vir a afastar a sua aplicação.

Ora, analisando-se o mandamento da norma-sanção de invalidade, doutrinária e jurisprudencialmente há consenso de que ele está pré-determinado: diante do vício da inconstitucionalidade do ato normativo deve-se eliminar, retroativamente, os efeitos normativos e fáticos da norma inconstitucional a fim de restaurar a eficácia da norma constitucional violada.

---

<sup>165</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 71-78.

<sup>166</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 71-72.

<sup>167</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 73.

<sup>168</sup> SUMMERS apud ÁVILA, 2008, p. 73.

<sup>169</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 74.

Além do comportamento pré-determinado, que é mais valorizado do que o aspecto teleológico da sanção<sup>170</sup>, há definição do destinatário da norma, que é o julgador (autoridade do sistema que possa controlar a constitucionalidade) a quem compete aplicar a norma constitucional, o seu objeto (invalidação do ato inconstitucional) e a sua eficácia (desde a edição do ato inconstitucional). É prescindível a concorrência de outras normas para a definição do conteúdo da norma-sanção (ou seja, o que deve ser feito pelo aplicador).

Além disso, a sanção não é aplicada de forma “mais ou menos”. A invalidade deve ser decretada com eficácia *ex tunc*, desde a edição da norma inconstitucional<sup>171</sup>, como consequência ordinária, habitual e primária de um juízo de inconstitucionalidade de atos normativos. Trata-se de mandamento mais forte do que uma simples obrigação *prima facie* do julgador, ou um estado ideal de coisas a ser buscado e a ser complementado por outras normas jurídicas constitucionais. É um dever quase definitivo<sup>172</sup>.

O conteúdo deste dever-ser não é “mandamento de otimização”, ou um “estado ideal de coisas” realizável em diversos graus, pois se impõe um comportamento normativo imediato, embora voltado à estrutura do ordenamento jurídico. Contém um conteúdo preciso e descritivo do que dever ser feito, que exige, para justificar a sua aplicação, a constatação da inconstitucionalidade, concretizando o juízo de subsunção. Embora não se desprezem as finalidades da norma-regra (afirmar a validade/vigência da norma-constitucional violada, realizar presumidamente a supremacia da Constituição), elas não são questionada como fundamento para a aplicação da norma, em todos os casos.

Portanto, a invalidação *ex tunc* é primariamente uma prescrição

---

<sup>170</sup> O inconsciente coletivo pré-doutrina de modulação dos efeitos da invalidade constitucional demonstra que pouco – ou nada – importava analisar na real função da invalidação, o que indicia a desconsideração do aspecto teleológico da norma-regra, na invalidação. No máximo, invocava-se a supremacia da Constituição como fundamento para o sancionamento, sem se atentar, porém, que a norma-regra tem, primariamente a função de garantir a norma constitucional violada.

<sup>171</sup> Assim, também, na doutrina, dentre muitos: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984; BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 2004; BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958; CAMPOS, op. cit., CLÈVE, Clèmerson Melin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1976; MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980).

<sup>172</sup> Quase definitiva porque, segundo se verá, ela poderá ser afastada, tornando-se *prima facie*, porém um caráter *prima facie* mais forte do que aquele outorgado aos princípios, com base na teoria de Alexy.

comportamental ao julgador. Tal dever decorre de uma determinação abstratamente fixada pelo ordenamento jurídico, a partir da norma constitucional violada, ainda que, por trás, haja um razão finalística para tal postura do julgador<sup>173</sup>.

É possível, porém, abrirem-se certas exceções que afastam a aplicação da norma-regra, principalmente pela incidência de outros princípios que possam justificar uma restrição do mandamento. Mas excetuar não é semelhante a definir o conteúdo do mandamento normativo da norma caso a caso. Excetuar é, primeiro, demonstrar que o caso é peculiar, diferente, diverso daqueles ordinários e, após, com a consideração de todas as implicações jurídicas a certas e determinadas normas, re-definir o mandamento normativo para o caso.

Exceções às regras são possíveis quando eventos particulares, devidamente comprovados pelo interessado na excepcionalização, demonstrem a incidência e a necessidade de aplicação de alguma regra ou princípio jurídico de suficiente importância para afastar as determinações próprias da regra, ordinária e presumivelmente ocorrentes na realidade fática e, ainda, capazes de afastar outras razões jurídicas excludentes<sup>174</sup>.

Por exemplo, partindo-se dos conceitos jurídicos pré-determinados pelo Legislador no art. 27 da Lei 9.869/99, a restrição da regra da invalidade *ex tunc* atuará quando houver a incidência das normas da segurança jurídica ou de algum excepcional interesse social sobre os efeitos concretos da norma inconstitucional, durante o período de sua validade inquestionada. Isso ocorrerá porque, se o fim da regra da invalidade é a realização da supremacia da Constituição, a qual, *prima facie*, é realizada pela restauração da eficácia da norma constitucional violada, num caso especial, poderá estar mais bem realizado pela preservação dos efeitos dos atos inconstitucionais.

Por todas essas razões, na hipótese de se enquadrar a sanção de invalidade *ex tunc* como norma jurídica, porque se trata de consequência do descumprimento da norma constitucional, segundo verificado no juízo de inconstitucionalidade, melhor seria tratá-la como *norma-regra jurídica*, superável e excepcionável em dadas hipóteses.

Jamais como princípio.

---

<sup>173</sup> Restaurar a eficácia da norma constitucional violada que realiza, *prima facie*, a Supremacia da Constituição.

<sup>174</sup> MACCORMICK, 2008, op. cit., p. 307-328.

## PARTE II - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA SANÇÃO DE INVALIDIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL

### CAPÍTULO 1 - ALGUMAS PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO PÁTRIO

O Direito comparado apresenta diversas propostas para explicar e justificar a modulação dos efeitos da invalidação do ato inconstitucional, referidas como fundamento para a aceitabilidade de tal instituto no Direito Pátrio<sup>175</sup>. Na própria América Latina, há crescente tendência de adotar-se, nos Tribunais Constitucionais, a concessão de poderes para a manipulação dos efeitos temporais da invalidação das leis, prestigiando uma eficácia *ex nunc*<sup>176</sup>.

Destacam-se, dentre todas, a experiência do Direito Americano – por ser o berço da sanção de nulidade/inexistência do ato inconstitucional – e a experiência do Direito Português, pois ela contém expressa regulamentação constitucional das modulações de efeitos<sup>177</sup>, de inspiração Austríaca e Alemã, muito invocada, inclusive, na justificativa da Lei nº 9.869/99, como fonte inspiradora<sup>178</sup>.

Antes, porém, apresentam-se as justificativas para a modulação dos efeitos temporais da sanção de invalidade.

<sup>175</sup> É o que parece fazer MENDES, 2007, op. cit., mencionado: os seguintes exemplos doutrinários Direito Americano, Direito Espanhol, Direito Alemão, Direito Austríaco, Corte Européia de Direitos Humanos, Direito Italiano e Direito Português.

<sup>176</sup> BREWER-CARIAS, Allan R. La jurisdicción constitucional em America Latina. In: BELAÚNDE, Garcia; SEGADO, Femandes (Orgs.). **La jurisdicción constitucional em iberoamerica**. Madrid: Dykinson, 1997. p. 120-161. p. 160.

<sup>177</sup> “Art. 282: 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das noras que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos dese a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional Fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que previsto nos nºs 1º e 2º”. (Constituição Portuguesa, 1978).

<sup>178</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Atlas, 2000.

### 1.1 Por que superar a regra da eficácia *ex tunc* da sanção de invalidade

A modulação dos efeitos temporais da sanção não é fenômeno exclusivo do modelo concentrado ou difuso de constitucionalidade<sup>179</sup>.

Foram exigências de ordem prática emanadas de situações incomuns nos efeitos das decisões, em todos os modelos de controle de constitucionalidade, que levaram à atenuação do rigor entre os modelos de sanção ao ato inconstitucional com efeitos invalidatórios *ex nunc* ou *ex tunc*<sup>180</sup>.

A vigência, durante longo tempo, da lei ou de ato normativo que serviu como fundamento para muitos atos e contratos, públicos e privados, altera a realidade jurídica e fática existente. Contudo, quando a norma é declarada inconstitucional, aplicando-se a sanção retroatividade, a realidade que era uma, passa a dever-ser-outra, criando as condições para a depuração do ordenamento jurídico dos atos viciados.

Ademais, as conseqüências catastróficas de uma eventual invalidação retroativa (nulidade=catástrofe), principalmente quando as normas inconstitucionais decorriam de um mandamento constitucional para legislar (v.g aumento de remuneração, fixação de um salário mínimo), impulsionaram o problema prático de superação da norma-regra que determinava **sempre** a retroatividade da invalidação. Afinal, ainda que inconstitucional, a norma realizava um mandamento da Constituição.

Destaque-se que a dificuldade em lidar-se com a desconstituição de efeitos pretéritos decorrentes dos atos normativos não é exclusiva do controle de constitucionalidade. A discussão é semelhante à do art. 62, §§ 3º e 11 da Constituição da República, nos quais as medidas provisórias, embora editadas com força de lei<sup>181</sup>, entrando em vigor imediatamente após a sua publicação, podem ser

---

<sup>179</sup> MENDES, 2007, op. cit., p. 396-400.

<sup>180</sup> CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 120-121. O autor destaca que tanto o sistema americano como o austríaco sofreram atenuação na sistemática inflexível dos efeitos. Na Áustria, que originariamente previa apenas a eficácia *ex nunc* da sanção de invalidade do ato inconstitucional, passou a admitir, no caso concreto do qual emanava a questão de inconstitucionalidade, efeitos retroativos, a partir da reforma de 1929. Quando ao temperamento da eficácia *ex tunc*, será tratada neste trabalho.

<sup>181</sup> “Art. 62 – Em caso de relevância ou urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...];

rejeitadas expressa ou tacitamente, pelo decurso do tempo. E, conquanto tiveram eficácia jurídica e fática, podem-se manter em vigor durante o tempo em vigeram, ainda que a situação seja de inconstitucionalidade da Medida Provisória, por falta de relevância ou de urgência, por exemplo, regulando situações pretéritas como fundamento de validade para atos e fatos jurídicos pretéritos. Essa situação se altera se o Congresso Nacional deliberar de forma diversa. Neste caso, a transitoriedade da medida provisória é pré-determinada pela Constituição e, mesmo assim, na omissão do Congresso Nacional, este ato normativo (embora inconstitucional) pode regular situações fáticas e jurídicas segundo expressa admissão da Constituição.

Em ambos os casos (efeitos temporais da invalidade e perda da eficácia da Medida Provisória) adaptam-se alternativas do *tudo ou nada* à realidade humana. O que antes era uma doença incurável (inconstitucionalidade gerava sempre a nulidade) passou a ser visto como um mal-estar<sup>182</sup>, que poderá ser resolvido com decisões alternativas, conquanto, refira-se, excepcionais.

Também o fato de que muitas normas não seriam declaradas inconstitucionais, pelas suas conseqüências nefastas, acaso houvesse a necessidade de sempre aplicar-se retroativamente a norma-sanção<sup>183</sup>, influiu na flexibilização da eficácia temporal da sanção. Trata-se do risco do “*greater self-restraint*”, decorrente do auto-comedimento que ocorreria por parte dos Tribunais em analisar e decretar a inconstitucionalidade e sancionar o ato com a invalidade *ex tunc*, se o resultado da incidência da norma-sanção fosse ainda mais grave, sob o ponto de vista da Constituição, do que o da própria inconstitucionalidade.

Portanto, são os influxos realistas da Constituição como um documento vivo que, para a sua realização enquanto norma, deve ser adaptada paulatinamente à

§ 3º – As medidas provisórias, ressalvado o disposto no §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável nos termos do § 7º, uma vez, por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrentes;

[...];

§ 11º – Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.”

<sup>182</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 12, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009. p. 22.

<sup>183</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leis inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 12-13, out./dez.1989.



realidade<sup>184</sup>, e, finalmente, a visão de que o passado nem sempre pode ser apagado, que, juntos, determinaram as discussões da restrição dos efeitos tradicionalmente retroativos da norma-sanção<sup>185</sup>.

## 1.2 A experiência do direito americano e a sua apreciação crítica

Nos Estados Unidos, berço da doutrina da nulidade/inexistência<sup>186</sup> da norma inconstitucional, a partir da Grande Depressão Econômica de 1929, admitiu-se, pontualmente, a modulação dos efeitos da invalidade do ato inconstitucional<sup>187</sup>. A questão dos efeitos temporais é fruto de um problema sobre a retroatividade das decisões que alteraram entendimentos sobre a constitucionalidade de certo ato ou prática. Em geral, as decisões de modulação de efeitos seriam de três formas: a) a nova orientação somente valeria para o futuro (*prospective overruling*); b) a regra nova se aplica, apesar de tudo (dos efeitos), apenas aos processos pendentes, mas já ajuizados (*limited prospectivity*); c) somente haveria eficácia *ex nunc*, excluindo qualquer retroatividade (*pure prospectivity*).

Segundo Tribe<sup>188</sup>, os efeitos da invalidade no controle de constitucionalidade daquele país podem ser analisados em duas perspectivas: efeitos em matéria criminal e em matéria civil.

No âmbito criminal, alguns parâmetros para a atribuição de efeitos prospectivos (isto é, não-retroativos) à sanção de invalidade foram apresentados pela Suprema Corte Americana em *Linkletter vs. Walker*<sup>189</sup>, julgado em 1965.<sup>190</sup> Nesse precedente, proclamou-se o entendimento de que a questão da retroatividade ou prospectividade dos efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade não teria qualquer diretriz constitucional.

*Linkletter* fora condenado em sistema de provas obtidas por meio ilícito,

<sup>184</sup> Id., Ibid., p.14.

<sup>185</sup> CAPPELLETI, 1992, op. cit., p 123.

<sup>186</sup> COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. Capinas: Russel, 2002.

<sup>187</sup> TRIBE, 2000, op. cit.

<sup>188</sup> TRIBE, 2000, op. cit., p. 218-219;

<sup>189</sup> Também Enterrria (op. cit., p. 5). A bem da verdade, como se verá, o caso trata de modificação de jurisprudência antes estabelecida – e não propriamente de modulação de efeitos da sanção ao ato inconstitucional, em uma determinada decisão sobre constitucionalidade. Mas a fundamentação revela aspectos que demonstram a forma de aplicar-se tal instituto (381 US. 618, 1965).

<sup>190</sup> Entretanto, ressalte-se, apesar de um ou outro precedente no sentido da modulação de efeitos, o entendimento majoritário e prevalecente é ainda no sentido da nulidade da lei inconstitucional (invalidade *ex radice*), sem qualquer modulação temporal.

segundo posteriormente veio a reconhecer a Corte Americana (*Mapp vs. Ohio de 1961 – 347 US 643*), por ofensa ao processo jurídico devido, superando assim o precedente anterior (*Wolf vs Colorado de 1949 – 338 US 25*), que entendia a licitude de tal sistema (adentrar em residências sem mandados judiciais). Em face dessa orientação, *Linkletter* postulou, como muitos, a revisão do seu caso, mas a Suprema Corte negou os efeitos pretéritos ao precedente, dentre outros motivos, segundo o Juiz Clark, em razão de o novo precedente *Mapp vs Ohio* ter por fim desestimular as ações da polícia e proteger a privacidade das pessoas<sup>191</sup>.

Para a Suprema Corte, atribuir-se efeitos retroativos à nova orientação (pela inconstitucionalidade do sistema de provas) implicaria: a) quebrar a confiança dos órgãos do Estado depositada nos precedentes anteriores, como em *Wolf vs. Colorado*; b) impor uma desmedida carga de trabalho para a Administração da Justiça e c) não seria corrigido o erro policial (adentrar nos domicílios para obter prova judicial sem mandado).

Tratou-se de uma decisão preocupada com questões da *policy*<sup>192</sup> dos Tribunais, diante de certo caso, ou seja, de consideração de elementos de política judicial nas decisões, a ser questionada ou pensada em cada caso novo. Destarte, a Suprema Corte Americana sopesou as alternativas temporais da sanção de invalidade (*ex tunc ou ex nunc*), culminando na rejeição de solução extremada, inclinando-se por firmar o princípio da livre determinação judicial dos efeitos temporais (*judicial determination*) segundo reclames da justiça (*fair justice*) e da razoabilidade (*reasonableness*).

Finalmente, no caso “*Stovall v. Demno*” a Suprema Corte Americana codificou o entendimento sobre a modulação, na esfera penal:

Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o propósito (uso) a ser servido (alcançado) pelos novos padrões, b) a extensão da confiança (dependência) das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões; c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa de novos padrões<sup>193</sup>.

<sup>191</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Cadernos de direito constitucional – 2006**. Comentários à lei 9.869/99. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2009.

<sup>192</sup> TRIBE, 2000, op. cit., p. 219.

<sup>193</sup> No original: “The Supreme Court summarized the Linkletter approach in *Stovall v. Denno*: The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards” (TRIBE, 2000, op. cit., p. 219).

Como se vê, há critérios metajurídicos a serem considerados pelo julgador, no momento de fixação dos efeitos temporais da sanção.

Na mesma senda, mas em matéria civil, a partir do precedente *Chevron Oil Co vs. Huson*, a Corte Norte-Americana admitiu a limitação dos efeitos retroativos. Procurava-se, com a limitação, evitar a injustiça e os efeitos perniciosos de uma nova interpretação da Constituição, que considerava, agora, inconstitucional uma prática antes válida. Naquele precitado precedente, foram fixados alguns parâmetros que nortearam a decisão sobre qual efeito adotar, em matérias cíveis<sup>194</sup>:

Primeiro, a decisão a ser aplicada não-retroativamente deve estabelecer um novo princípio de Direito, superado um precedente anterior nos quais os litigantes podem ter acreditado, ou quando o assunto foi decidido sem o necessário esclarecimento. Segundo, deve-se sopesar os méritos e deméritos em cada caso, olhando para a história da norma jurídica anterior, seus propósitos e efeitos e se uma atuação retroativa (da nova norma) vai acelerar ou retardar a sua operação. Finalmente, deve-se sopesar a iniquidade que uma decisão que sustente a aplicação retroativa dos efeitos poderia gerar, em relação aos novos casos.

Novamente, invocam-se razões como a iniquidade, a confiança, o mérito e o demérito como fundamento para a modulação de efeitos da sanção. Não há, pois, fundamentação constitucional direta pela Suprema Corte Americana.

Ora, a doutrina nacional geralmente refere determinados casos de modulação de efeitos da sanção como se eles definissem, em primeiro lugar, a possibilidade indiscriminada de se restringir a invalidade do ato inconstitucional no Direito Americano e, em segundo lugar, que tal prática fosse exemplar a ponto de romper com a tradição consolidada da eficácia *ex tunc da* invalidade do ato inconstitucional.

Isso não é correto.

Ao contrário de tais conclusões generalizantes, uma análise mais completa, pré e pós as decisões citadas, indica outras lições a serem apreendidas, notadamente nos aspectos formais-procedimentais da modulação dos efeitos.

A primeira é o caráter excepcional da restrição dos efeitos da invalidação *ex tunc*. Na década de 80, a Suprema Corte Americana majoritariamente passou a não mais admitir a modulação dos efeitos retroativos, uma vez que a retroatividade dos efeitos seria da essência do controle de constitucionalidade e a aplicação retroativa seletiva (modulada) implicaria ofensa à igualdade<sup>195</sup>. Ademais, a prospectividade

---

<sup>194</sup> TRIBE, 2000, op. cit., p. 219-220.

<sup>195</sup> TRIBE, 2000, op. cit., p. 220

pura da invalidação implicaria ofensa à regra do *stare decisis*, na medida em que o precedente anterior, superado, que entendia pela constitucionalidade de uma lei, acabaria sendo seguido em muitos outros julgamentos pelas Cortes inferiores, retirando a autoridade de uma nova orientação da Suprema Corte, contrária àquela.

Na mesma linha, segundo a lição extraída do julgamento do RE 370.682/SC<sup>196</sup>, no voto do Min. Joaquim Barbosa, não se pode transformar uma ou outra decisão no Direito Americano em regra geral de fixação dos efeitos da invalidação do ato inconstitucional. Após oscilações jurisprudenciais, o Direito Americano retornou, majoritariamente, à proposta da retroatividade pura *ex tunc* da invalidade:

[...] o precedente do caso **Linkletter VS Walker** durou apenas 22 anos. Isto porque, em meados dos anos 80, mais precisamente em 1987, estando a Corte já no início da sua guinada conservadora, ela deu meia volta e retomou as suas antigas tradições de plena retroatividade das decisões proferidas no controle de constitucionalidade de tipo difuso, o único conhecido naquele país. Um elucidativo artigo de doutrina da lavra de Pâmela J. Stephens aborda a questão. [...] O título do artigo de Pâmela Stephens é THE NEW RETROACTIVITY DOCTRINE: EQUALITY, RELIANCE AND STARE DECISIS [...].

Hoje nos EUA o precedente que rege a matéria não é mais **Linkletter v. Walker**, mas **GRIFFITH V. Kentucky**, que restaurou a retroatividade plena. [...] Assinalo que o retorno da regra da retroatividade na jurisprudência norte-americana se deu também em matéria cível (Harper v. Virginia Departamento f Taxation – 509 US 86 – 1993). E, por coincidência, na maioria esmagadora dos casos, em matéria tributária. (grifo nosso).

Portanto, parece claro que as mitigações à invalidação retroativa são pontuais, para casos específicos, que sempre exigem fundamentação excepcional, em um país em que o peso político das decisões é fundamentalmente considerado como integrante da própria interpretação da Constituição.

Ora, apenas num sentido a experiência norte-americana deve ser aceita: a excepcionalidade dos casos de modulação, em certos e determinados julgamentos, com a máxima cautela para preservar a autoridade da Constituição e dos precedentes dos Tribunais.

A segunda conclusão que se extrai da experiência americana é a necessidade de fundamentação das razões que permitirão afastar a regra ordinária de invalidade *ex tunc* do ato inconstitucional. E, sob a ótica dos argumentos substanciais (razões) invocados, o modelo norte-americano de restrição dos efeitos deve ser refutado

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 370.682/SC**. Relator. Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 25 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2007o.

como exemplo.

Política judicial não é bem jurídico constitucional no direito brasileiro, devendo ser afastada a sua consideração, embora o STF tenha ensaiado a sua aceitação por uma vez<sup>197</sup> e, noutras, sem fundamentação adequada, definitivamente tenha aplicada a política judicial de proteção dos cofres públicos<sup>198</sup> ou de outros interesses estatais<sup>199</sup> modulando os efeitos da sanção à inconstitucionalidade ou da nova interpretação conferida às normas constitucionais.

---

<sup>197</sup> É interessante notar que certos doutrinadores gostam de referir a ADI 1102-2/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Correa. j. 05/10/95 como uma das primeiras vezes em que se cogitou da modulação de efeitos da sanção de invalidade do ato inconstitucional. A ação, em suma, declarou a inconstitucionalidade das expressões “empresários” e “autônomos” contidas no inciso I do art. 22 da Lei 8.211/91, relativas às contribuições para a seguridade social e se pretendia restringir o alcance da sanção para proteger os cofres públicos. Em meio à fundamentação, o ilustre Relator, Min. Maurício Correa, se manifesta, acompanhando o Parecer do Procurador-Geral da República (p. 1024):

“Contudo, parece-me de inteira procedência, a irrisignação ministerial quanto aos efeitos retroativos que a Corte tem emprestado à declaração de inconstitucionalidade, principalmente, quando, como na espécie, os resultados “conseqüenciais” da decisão impõe drásticas restrição ao orçamento da seguridade social, abalada por notória por insuficiência de caixa (sic).

Creio não constituir-se afronta ao ordenamento jurídico constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluisse situação tala recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade nos cofres da Previdência Social, se buscasse o dies a quo, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o deferimento da cautelar.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1102/DF**. Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, 05 de outubro de 1996. Disponível em: <www.stf.gov.br> . Acesso em: 26 out. 2007p).

<sup>198</sup> Na ementa e no voto do Min. Gilmar Mendes (p. 2230 do acórdão): “modulação dos efeitos ex nunc apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.” Logo, ainda que inconstitucional a exação fiscal realizada posteriormente ao transcurso do prazo decadencial e prescricional do CTN (5 anos) – e não se sabe exatamente a razão jurídica disso – o contribuinte não poderia postular a repetição do indébito. Exemplo claro de política judicial ou, ao menos, de invalidade da decisão por deficiência de fundamentação, já que se invocou genericamente a “repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese” (p. 2229 do acórdão). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 559.943-4/RS**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 28 out 2007r.

<sup>199</sup> Nesse caso, O STF alterou consolidado entendimento de que as ações decorrentes de acidente do trabalho, em que se pleiteava indenização por danos morais e materiais, movidas pelo empregado contra o empregador seriam da competência da Justiça Estadual, passando a entender que tal competência seria, agora, da Justiça do Trabalho. Houve, pois, reinterpretção do art. 114 da CRFB, influenciada pela edição da Emenda Constitucional nº 45, na qual consta claramente a competência da Justiça do Trabalho para tal tema. A eficácia deste entendimento, porém, foi limitada temporalmente, pois:

“[...]. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa -, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamentos de mérito.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência 7.204-1/MG**. Relator: Ministro Carlos Brito. Brasília, 29 de jun. 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 28 out. 2007s).

A análise da Suprema Corte Americana para modular os efeitos da invalidação é eminentemente política conseqüencialista-causal<sup>200</sup>, na medida em que mesmo antes da decisão, imagina-se, abstratamente, as repercussões políticas e sociais desta. Sendo assim, torna-se inadmissível para o Direito Pátrio.

O conseqüencialismo, neste caso americano, é um conceito político e discricionário, e não o conseqüencialismo jurídico segundo as lições de Maccormick. As decisões na Corte Americana analisam, num juízo hipotético-prognóstico, os efeitos (resultados) que a decisão de inconstitucionalidade e a sanção de invalidade trarão aos interesses das partes – mormente do Estado e de seus agentes. Esse, aliás, foi o motivo invocado por aquele Tribunal – assim como na Espanha, quanto ao famoso caso do imposto de renda - para justificar a impossibilidade de repetição de tributos inconstitucionais<sup>201</sup>.

Nessa medida, embora exista no Brasil uma tendência mimética deste comportamento, quando se cogita que a decisão declaratória de inconstitucionalidade levaria a “efeitos multiplicadores de demandas” ou “acúmulo de

<sup>200</sup> A análise conseqüencialista não é, *ipso facto*, ilegal, ilegítima ou antijurídica. Apenas será indevida se os parâmetros de avaliação das conseqüências forem extrajurídicos, como, por exemplo, avaliar as conseqüências da decisão para o “valor da conveniência política”.

Antes de tudo, deve-se distinguir entre o resultado e as conseqüências de uma ação/decisão judicial, pois o resultado de uma decisão judicial é uma norma individual (para aqueles casos) e as conseqüências são relacionadas com o resultado, mas posteriores a ele (MACCORMICK, 2008, op. cit., p.139-140).

Ainda, deve-se distinguir entre conseqüências causais ligadas à ação (aquele que tinha um bem, com base em ato inválido, após a decisão, deverá perdê-lo) e conseqüências causais indiretas (em decorrência da perda do bem ou do direito, a parte vem a se suicidar, vem a ficar pobre, etc.).

De qualquer forma, essas conseqüências são (deveriam ser), do ponto de vista do Direito, irrelevantes para as decisões judiciais. Segundo Atienza (op. cit., p. 133-134), interpretando Maccormick: “O que importa são, antes, as conseqüências no sentido de implicações lógicas. Mais que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interesse é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; [...]”

Assim, a análise conseqüencialista das decisões é admissível se:

**1) tivermos em conta as conseqüências como as condutas futuras (possíveis) – o sentido normativo objetivo - que estarão autorizadas/permitidas/proibidas, com base naquela norma de decisão; e 2) avaliarmos o que essas normas implicarão em relação a fins ou valores constitucionais (conseqüências jurídicas).** (grifo nosso). Ex.: Um Tribunal, quando provocado, admite a legalidade das contas de Governo que inclui nos gastos com a saúde pública, para fins orçamentários, o custo da implementação de saneamento básico. Isso para atender os percentuais mínimos constitucionalmente exigidos para a saúde.

Se, porém, esse mesmo Tribunal vinha admitindo a auto-aplicabilidade do direito à saúde e decide que todos têm direito à saúde, se suas decisões forem consistentes e coerentes, deverá admitir o direito à saúde como direito à construção de saneamento básico. Isso tudo porque aquela decisão que “declarou que saneamento básico inclui-se no conceito de saúde” tem, como conseqüência jurídica, impingir ao julgador o deferimento do pedido (pois a conseqüência jurídica dela é incluir, no direito à saúde, a tutela do saneamento básico). Logo, a análise conseqüencialista é admissível, desde que pensada em razão dos precedentes anteriores, das normas constitucionais e legais do ordenamento jurídico.

<sup>201</sup> CASTRO, op. cit., p. 27.

demandas nas Justiças”, ou, ainda, “à quebra dos cofres públicos” o certo é que razões políticas e/ou conseqüencialistas-causais, não vinculados às normas jurídicas constitucionais, não poderão (ou não deveriam poder) ser adotados como fundamento para decisões de modulação dos efeitos da sanção de invalidade.

### 1.3 A experiência do direito português e sua apreciação crítica

O Direito Português sofreu influência direta dos modelos austríacos e alemão. Entretanto, há certas diferenças, como a ausência de um prazo de 18 meses, máximo para a eficácia *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade.

O art. 282 (4) da Constituição Lusitana estabelece a competência para que o Tribunal Constitucional possa limitar os efeitos do ato inconstitucional:

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nº 1 e 2º.

Segundo Miranda<sup>202</sup>, a abertura na possibilidade de definir os efeitos temporais da decisão permitiu adaptarem-se as decisões às situações da vida, nas quais uma excessiva rigidez na fórmula de decisão, ou seja, apenas a invalidação *extunc*, poderia comprometer a própria efetividade do sistema de controle de constitucionalidade, sendo manifestamente injusta ou equivocada. Leciona, ainda, que se não houvesse a possibilidade de modulação dos efeitos, então se teria gerado o *self-restraint*, ou seja, o auto-controle judicial para que não se declare a inconstitucionalidade dos atos normativos estatais, caminhando-se à insindicabilidade dos atos normativos.

Medeiros<sup>203</sup> destaca que tanto razões de segurança jurídica como de excepcional interesse público, que autorizam a modulação dos efeitos da invalidação naquele país, são cláusulas estritamente jurídicas de restrição dos efeitos da invalidade, não se admitindo a “constitucionalidade político”, como poderia ocorrer, segundo ele, nas decisões da Corte Constitucional Austríaca. No caso português não haveria discricionariedade na opção pelos efeitos temporais da decisão. Mesmo

---

<sup>202</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. Tomo II. p. 500-502.

<sup>203</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999 765-715.

assim, segundo o referido autor, o uso de tal modalidade de decisão é cada vez maior no Tribunal Constitucional Lusitano<sup>204</sup>.

A verdade é que, segundo os dados estatísticos colhidos dos autores, a utilização da modulação dos efeitos deixou de ser excepcional, passando ao dia-a-dia das decisões do Tribunal Constitucional Português. Todavia, não parece crível que existam tantas situações da vida em que segurança jurídica e excepcional interesse público possam ser invocados como razão para mitigar a invalidação *ex tunc*.

E, antes mesmo de explicar o fenómeno, é preciso restringir o seu alcance para que não se vulgarize o instituto da modulação, tornando-se um “dever concreto de invalidação retroativa do ato inconstitucional” em uma mera sugestão de decisão para o julgador.

#### 1.4 As propostas doutrinárias no direito brasileiro

No Direito pátrio, apesar de haver muitos trabalhos explicando o fenómeno, identificamos apenas duas propostas doutrinárias bem definidas que procuram justificar a forma e as razões para a modulação dos efeitos da norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional.

A primeira, partindo da existência de um *déficit* de fundamentação da nulidade do ato inconstitucional<sup>205</sup> tenta mitigar o que denomina de “dogma da nulidade da lei inconstitucional.” Para tanto, assume que a nulidade da lei inconstitucional seria apenas mais um princípio jurídico como quaisquer outros princípios, ele:

não é um princípio absoluto, [...] ele prevalecerá nas decisões que declarem a inconstitucionalidade de um ato, com seus efeitos *ex tunc*, a não ser que, no caso em questão, ao se tentar imprimir o efeito *ex tunc* à decisão que considerou inconstitucional um ato, retirando-o do mundo jurídico, o princípio da nulidade se depare com outro princípio constitucional, que vá contra a essa anulação.<sup>206</sup>

Segundo essa corrente, a norma do art. 27 da Lei 9.868/99 traduz-se numa autorização legislativa “para que a Corte Constitucional proceda à ponderação entre o princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional e “razões de segurança

---

<sup>204</sup> Id., *Ibid.*, p. 689.

<sup>205</sup> MENDES, 2007, *op. cit.*, p. 297-300. Assim também, antes de todos, BITTENCOURT, *op. cit.*

<sup>206</sup> LIMA, 1999, p. 200.



jurídica ou de excepcional interesse social”<sup>207</sup>.

Essa orientação, manifestamente escudada na experiência Portuguesa<sup>208</sup>, por sua vez decorrente da tradição austríaca e alemão, propõe-se a resolver eventuais conflitos mediante a ponderação entre o “princípio da nulidade” e o “princípio da segurança jurídica” ou outro excepcional interesse social.

Já se disse, todavia, que não há princípio da nulidade da lei inconstitucional, a permitir uma ponderação. As críticas referidas antes se aplicam aqui inteiramente. A invalidação, na verdade, é uma norma-sanção decorrente da eficácia de cada norma constitucional, e tem caráter de norma-regra.

O que, por outro lado, representa o mérito desta proposta é o fato de justificar argumentativamente a forma de modulação dos efeitos da invalidade, conferindo racionalidade à decisão e pretendendo torná-la um problema jurídico.

Outra proposta, mais sofisticada, defende, antes, a necessidade da interpretação constitucionalmente adequada dos conceitos jurídicos indeterminados (segurança jurídica e excepcional interesse social) previstos no art. 27 da Lei 9.868/99, mediante a classificação dos argumentos jurídicos aceitáveis nessa decisão. Afirma-se que os argumentos institucionais e constitucionalmente estabelecidos são prioritários nesta tarefa<sup>209</sup>. Conforme Ana Ávila<sup>210</sup>, a utilização do postulado da ponderação, da proporcionalidade, da unidade e da coerência são fundamentais para a definição dos efeitos temporais nas decisões do controle de constitucionalidade<sup>211</sup>.

A referida autora destaca a existência de uma “regra de preferência”, e não de um princípio, em favor da nulidade do ato inconstitucional, a qual pode ser superada. Analisa que para a atribuição dos efeitos corretos à decisão de inconstitucionalidade depende-se, primeiro, da ponderação entre os “princípios que suportam a rejeição do ato e os seus efeitos” e entre “princípios que suportam a manutenção do ato e seus efeitos”.

Ademais, deve-se atribuir o peso aos princípios colidentes mediante regras de argumentação em que se dê prevalência lógico-formal aos argumentos institucionais sobre os argumentos não-institucionais. Igualmente, de acordo com a jurista, devem-

---

<sup>207</sup> SERRÃO apud MENDES, 2009, op. cit.

<sup>208</sup> MENDES, 2007, op. cit., p. 394-395 em que é invocada a aplicação dos mesmos preceitos e parâmetros do Direito Português.

<sup>209</sup> AVILA, 2009, op. cit., p. 73 e ss.

<sup>210</sup> AVILA, 2009, op. cit., p. 73-74.

<sup>211</sup> AVILA, 2009, op. cit., p. 91-145.

se estabelecer regras de prevalência material, dentro do que a Constituição atribui maior importância, ou seja, a proteção aos direitos fundamentais e à pessoa humana<sup>212</sup>.

A proposta é de contribuição inegável à argumentação jurídica constitucionalmente justificada para a modulação de efeitos, pela primeira vez reconhecendo a supremacia da Constituição como postulado normativo (não como regra ou princípio), estabelecendo uma regra de preferência pela invalidade *ex tunc* do ato inconstitucional e fornecendo critérios objetivos para a ponderação entre os as normas colidentes em meio aos efeitos do ato inconstitucional.

A despeito das duas propostas, neste trabalho, contudo, avança-se em relação a elas na medida em que: a) fundamenta-se a origem da nulidade do ato inconstitucional, enquanto norma-sanção com caráter de regra jurídica; b) são estabelecidos requisitos formais que restringem o âmbito de aplicação da modulação dos efeitos da invalidação do ato inconstitucional, para além do quórum previstos no art. 27 da Lei 9.868/99; c) focaliza-se, primeiro, na justificação para não-aplicação da norma-regra de invalidade *ab origine*, ou, para utilizar a terminologia tradicional, para a “não-aplicação da nulidade do ato inconstitucional”, ao contrário de se partir diretamente para um juízo de ponderação e/ou proporcionalidade entre as normas constitucionais que exigem este ou aquele efeito invalidatória; d) finalmente, demonstra-se que a modulação de efeitos da sanção de invalidade é decorrência da co-incidência de certas normas constitucionais, que rompem a autoridade da norma-regra-sanção, o que limita a possibilidade de modulação dos efeitos a certos e determinados casos.

Essas singelas propostas serão apresentadas a seguir.

---

<sup>212</sup> AVILA, 2009, op. cit., p. 91-145.

## PARTE III – UMA PROPOSTA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA SANÇÃO DE INVALIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL

### CAPÍTULO 1 - A REALIZAÇÃO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO POR MEIO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SANÇÃO DE INVALIDADE EX TUNC – CONCILIAÇÃO DE IDÉIAS

Verificada a inconstitucionalidade por ato do Poder Público, incide a norma-regra-sanção da invalidade, por imposição da própria norma constitucional violada, e o Juiz invalida, com eficácia *ex tunc*, o ato inconstitucional.

De pronto, cumpre destacar: o fim imediato da norma-regra é restaurar a validade e a eficácia da norma constitucional. O seu fim mediato é realizar, presumivelmente, a Supremacia da Constituição. Contudo a restauração da eficácia da norma constitucional violada (fim imediato) não implicará, de plano, a realização da Supremacia da Constituição (fim mediato), visto que realizar a Supremacia da Constituição impõe, antes da decisão definitiva sobre os efeitos temporais da invalidação, a consideração da co-incidência e da aplicação de certas normas constitucionais. Tal consideração decorre do postulado da unidade da Constituição<sup>213</sup>.

Antes, porém, é preciso afastar qualquer incompatibilidade entre a restrição dos efeitos temporais da norma de invalidação e a Supremacia da Constituição.

#### 1.1 O princípio da supremacia da constituição em sua tradição

Segundo a compreensão tradicional do princípio da supremacia da Constituição, a qualidade e o grau de importância que as normas da Constituição têm para o ordenamento exigem que a inconstitucionalidade por ato do Poder Público seja sancionada pela nulidade<sup>214-215</sup>. Duas razões fundamentam este

---

<sup>213</sup> Trata-se da unidade substancial, ou seja, realização da unidade do ordenamento jurídico – ou unidade da Constituição – pela consideração da relação entre as partes (normas isoladas) e o todo (normas na sua totalidade), numa relação coerente e consistente. A unidade formal já é sempre pressuposta pelo sistema de direito positivo, visto que todas as normas emanam de uma norma-fundamento anterior, a qual é hierarquicamente superior (NEVES, op. cit., p. 23-26).

<sup>214</sup> “As regras constitucionais são dotadas de uma superioridade evidente com relação às demais normas jurídicas da coletividade estatal. Essa graduação das normas jurídicas se justifica a contento, a fim de melhor manter a estabilidade do grupo político, criando-se os elementos basilares de sua constituição, da qual dependem os fundamentos do direito público e privado. À essa eminência das

“princípio de Supremacia da Constituição”:

a) A primeira, a Constituição é rígida, dotada de normas de difícil alteração, *formalmente superior* às demais. Afirma Jellinek<sup>216</sup>:

A nota jurídica essencial das leis constitucionais radica exclusivamente na superioridade de sua força como leis, desde o ponto de vista formal. Naqueles Estados em que as Constituições nem por sua fixação nem por sua modificação se distinguem de uma maneira especial, carecem estas de toda significação prática na vida do Direito

Rigidez constitucional, hierarquia e supremacia estão intrinsecamente relacionadas<sup>217</sup>. As normas constitucionais têm um procedimento especial de alteração, diferenciado, com vistas à preservação de uma certa estabilidade pela sua importância e relevância para a coletividade<sup>218</sup>. Em suma, há supremacia formal da Constituição<sup>219-220</sup>.

b) A segunda, a Constituição é “complexo normativo superior de determinado sistema jurídico estatal”<sup>221</sup> é o fundamento último de todas as normas do ordenamento jurídico. É o critério de direito positivo para averiguar a pertinência e a validade das demais normas jurídicas.

Há certas normas, prévias e anteriores ao sistema jurídico positivado, que, pela sua qualidade, são constituintes do próprio ordenamento, dos órgãos superiores, da relação dos súditos com o Poder Estatal e da forma de produção das

---

normas constitucionais, Berthélemy-Duez e Hariou designam pelo termo ‘supremacia da constituição’, a que se refere igualmente Macbain pelo vocábulo ‘superioridade da constituição’, ou ainda Corwin ao falar de um ‘higher law background’ do direito constitucional americano, conceituação essa adotada pela maioria dos publicistas modernos. Todas as constituições apresentam-se com essa supremacia diante da vida do país, ou do ordenamento jurídico, sejam elas costumeiras ou rígidas.” (FERREIRA, Pinto. **Da constituição**. Tese de concurso apresentada à livre docência de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Universidade do Recife. Recife, 1946. p. 34-35).

<sup>215</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 296.

Marshall (apud BARBOSA, op. cit., p. 45-46), no julgamento *Marbury vs Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1808, diz que: “Ou havemos de admitir que a Constituição annulla qualquer medida legislativa, que a concrie, ou annuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. [...] Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios communs; ou se nivela com actos da legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. [...] Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituição escriptas, sempre o fizeram com o intuito de asentar a lei fundamental e suprema da nação: e, conseqüentemente, a theoria de taes governos deve ser que qualquer acto da legislatura, offensivo da Constituição, é nullo.”

<sup>216</sup> JELLINEK, op. cit., p. 403.

<sup>217</sup> RAMOS, 1994, op. cit., p. 46 e 60.

<sup>218</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 267.

<sup>219</sup> RAMOS, 1994, op. cit., p. 54-60.

<sup>220</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p.

12.

<sup>221</sup> NEVES, op. cit., p. 63.

normas jurídicas<sup>222 223</sup>. Essas normas constituem a Constituição em sentido material, o que implica a necessidade de sua observância, dado o caráter de normas “basilares”, qualitativamente distintas das demais (normas da organicidade, dos procedimentos, e das competências<sup>224</sup> do Poder Político). Porque as normas constitucionais versam sobre a própria forma produção de normas e exercício desse poder de produção – limitando o Poder Político - há uma supremacia material intrínseca.

O STF reconhece a supremacia formal e material da Constituição<sup>225</sup>. Como

<sup>222</sup> KELSEN, 2000, op. cit., p. 310.

<sup>223</sup> NEVES, op. cit., p. 65.

<sup>224</sup> PALU, Osvaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. Conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.21-23.

<sup>225</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - EFICACIA 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. - O REPUDIO AO ATO INCONSTITUCIONAL DECORRE, EM ESSENCIA, 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 INEFICACIA E DE CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE. ATOS INCONSTITUCIONAIS SÃO, POR ISSO MESMO, NULOS E DESTITUÍDOS, EM CONSEQUENCIA, DE QUALQUER CARGA DE EFICACIA JURÍDICA. - A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI ALCANÇA, INCLUSIVE, OS ATOS PRETERITOS 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 CONSTITUIDAS SOB SUA EGIDE E INIBE - ANTE A SUA INAPTIDAO PARA PRODUIZIR EFEITOS JURIDICOS VALIDOS - A POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DE QUALQUER DIREITO. - A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE ENCERRA UM JUÍZO DE EXCLUSAO, QUE, FUNDADO NUMA COMPETÊNCIA DE REJEIÇÃO DEFERIDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONSISTE EM REMOVER DO ORDENAMENTO POSITIVO A MANIFESTAÇÃO ESTATAL INVALIDA E DESCONFORME AO MODELO PLASMADO NA CARTA POLÍTICA, COM TODAS AS CONSEQUENCIAS DAI DECORRENTES, INCLUSIVE A PLENA RESTAURAÇÃO DE EFICACIA DAS LEIS E DAS NORMAS AFETADAS PELO ATO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. ESSE PODER EXCEPCIONAL - QUE EXTRAÍ A SUA AUTORIDADE DA PROPRIA CARTA POLITICA - CONVERTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM VERDADEIRO LEGISLADOR NEGATIVO. - A MERA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA NÃO IMPEDE O EXERCÍCIO, PELO ÓRGÃO ESTATAL COMPETENTE, DA PRERROGATIVA DE PRATICAR OS ATOS QUE SE INSEREM NA ESFERA DE SUAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS: O DE CRIAR LEIS E O DE REVOGA-LAS. O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO TEM, POIS, O CONDAO DE SUSPENDER A TRAMITAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LEGISLATIVOS OU DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE OBJETIVEM A REVOGAÇÃO DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS CUJA VALIDADE JURÍDICA ESTEJA SOB EXAME DA CORTE, EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO. - A SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICACIA DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO EM AÇÃO DIRETA - NÃO OBSTANTE RESTAURE, PROVISORIAMENTE, A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR POR ELE REVOGADA - NÃO INIBE O PODER PULICO DE EDITAR NOVO ATO ESTATAL, OBSERVADOS OS PARAMETROS INSTITUIDOS PELO SISTEMA DE DIREITO POSITIVO. - A REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO, EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE

ressalta a Suprema Corte<sup>226</sup>: “a Constituição é superior às leis por ser obra do poder constituinte; ela indica os poderes do Estado, através dos quais a nação se governa, e ainda marca e delimita a atribuição de cada um deles.”

## 1.2 Da restrição de efeitos temporais da norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional como instrumento de realização da supremacia constitucional: revisitando a supremacia da Constituição

Os críticos da modulação dos efeitos da norma-regra de invalidade retroativa, asseveram que o “princípio da Supremacia da Constituição” estaria sendo quebrado<sup>227</sup>, flexibilizado<sup>228</sup> ou violado, mediante a modulação dos efeitos temporais da sanção. “A Constituição não seria mais rígida”, pois a norma inconstitucional não seria mais sancionada e o próprio conteúdo da Constituição estaria sendo relativizado em face da validação de certos atos inconstitucionais<sup>229</sup>. Outros entendem que os juízes que aplicam a norma-sanção de invalidade prospectivamente, ou com qualquer outro termo temporal, estariam invadindo esfera de competência reservada à Constituição e ao Legislador, criando novas normas jurídicas<sup>230</sup>.

---

CONSTITUCIONALIDADE, IMPEDE, DESDE QUE INEXISTENTES QUAISQUER EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS, O PROSSEGUIMENTO DA PROPRIA AÇÃO DIRETA.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 651**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de abril de 1992. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2007t).

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2-1-DF**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 06 de fev. de 1992. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2007u.

<sup>227</sup> MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 6, n. 13, p. 291-309, jan./jun. 2001. p. 297.

<sup>228</sup> O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868 de 10 de Novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). “Não é mais rígida a Constituição brasileira”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868 de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000. p. 11).

<sup>229</sup> CABRAL, Silvana Nobre de Lima. A supremacia da constituição e os efeitos do art. 27 da lei 9.868/99. In: **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Manaus, n. 2, p. 58-71, 2003. p. 60.

<sup>230</sup> ZANDER, Michael. **The law-making process**. 5. ed. London: Butterworths, 1999. p. 353. Também FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, Pernambuco, n. 12, p. 155-178, ano de 2007.

No Direito Pátrio, há também doutrina contrária não tanto à modulação em si, mas à idéia de que não é possível a restrição dos efeitos da norma-sanção, afora os termos temporais *ex nunc* ou *ex tunc*:

[...] nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão [...] Se há razões de ordem pragmática que apontam para a necessidade da mitigação da previsão do efeito *ex nunc*, não parece razoável admitir que a decisão de inconstitucionalidade venha a contemplar eficácia pró-futuro, para além do mero efeito *ex nunc*, ou em parte para o passado, com o que o efeito não seria *ex tunc* e nem *ex nunc*<sup>231</sup>.

Contudo, essas razões, embora respeitáveis, não estão corretas.

A norma-sanção é uma regra jurídica cuja aplicação realiza, mediamente, a Supremacia da Constituição, porém com ela não se confunde. Logo, não há “violação ao princípio da Supremacia da Constituição” com a restrição e/ou superação da norma-regra sancionatória, nem, menos ainda, exercício arbitrário de poder pelo Supremo Tribunal Federal. A restrição dos efeitos temporais da invalidação representa a compatibilização da eficácia da norma-sanção, fundada nas normas constitucionais violadas, com a co-incidência de outras normas constitucionais, quando ela ocorrer.

Portanto, não há princípio da Supremacia da Constituição a ser relativizado ou violado. O termo “princípio” é equívoco<sup>232</sup> e polissêmico. Quanto a esse ponto, inclusive, já se desenvolveu.

É preciso partir-se dos conceitos consistentes ou, ao menos, racionalmente fundamentados de normas jurídicas, mormente de “princípios jurídicos”. Assim, será possível analisar se existe, de fato, um “princípio da Supremacia da Constituição.”

Segundo as compreensões *standards* do que sejam “princípios jurídicos”, seguindo a Alexy<sup>233</sup> ou a Avila<sup>234</sup>, a Supremacia da Constituição não se enquadra

<sup>231</sup> STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 544-545.

<sup>232</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004a. p. 91

<sup>233</sup> Princípios são mandamentos que determinam que algo seja realizado na máxima medida possível (mandamentos de otimização), segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, estas últimas determinadas por outras regras e princípios. Princípios colidem entre si e, para solucionar essa forma de colisão, utiliza-se a ponderação, de tal forma que não haja invalidade de um deles, mas tão-somente sua restrição. (ALEXY, 2007a, op. cit., p. 131-153 e ALEXY, 2008a, op. cit., p. 89 e ss).

<sup>234</sup> “Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (AVILA, 2008, op. cit., p. 78-79).

como tal espécie de norma. Sequer pode ser argumentativamente construída como tal.

O controle de constitucionalidade afirma o valor jurídico da própria Constituição e, pois, não há como se admitir uma restrição na realização da sua normatividade, em função da promoção de qualquer outro valor ou ideologia política (extra-constitucional). Logo, não há como realizar a supremacia da Constituição num grau “mais ou menos”.

Depois, a Constituição não é complementarmente determinada na sua normatividade por outros princípios ou regras, que não aqueles presentes nela própria, expressa ou implicitamente, não se sujeitando a ponderações com normas extra-constitucionais. Objeto de ponderação e/ou subsunção serão as suas normas próprias. Ela mesma é a base e o fundamento a partir do qual as normas jurídicas podem ser construídas ou justificadas<sup>235</sup>.

Assim, ou a supremacia da Constituição não é realizada, ou ela é, por meio da correta aplicação das normas que a compõem. Porém, também não se pode atribuir à supremacia da Constituição o caráter de regra jurídica: ela não apresenta uma hipótese fática descritiva de um comportamento – que admitirá a subsunção a certos casos; não se apresenta como o resultado de uma relação de precedência condicionada entre princípios colidentes da ordem jurídica e, ainda, não é aplicável de modo tudo ou nada, com a possibilidade de ser excepcionada. Em nenhuma hipótese juridicamente aceitável a “Constituição” poderá ser superada enquanto norma jurídica<sup>236</sup>, como ocorre com as regras, ordinariamente.

A supremacia da Constituição deve ser compreendida como um procedimento estruturante de aplicação das normas constitucionais (regras e princípios), considerando-se a interação e a complementariedade das diversas normas de que dispõe, tanto concorrentes quanto contraditórias nos seus valores e nas suas prescrições.

---

<sup>235</sup> “A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimentos (superação) de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. [...]” (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. p. 37).

<sup>236</sup> Evidentemente que arbítrio, a revolução, o golpe de estado, e todas as formas anti-democráticas e totalitárias podem excluir a aplicação da Constituição. Mas elas não incluem uma solução racionalmente aceitável, sendo os valores universais consagrados nas Constituições e nos Tratados Internacionais como legítimas.



Para esse desiderato, nos juízos de ilicitude constitucional (inconstitucionalidade), presumivelmente a supremacia se realiza com a invalidação completa, *ex radice*, dos efeitos do ato inconstitucional. Presumivelmente porque tal resultado ainda não considera a hipótese de possível co-incidência de outras normas constitucionais pertinentes. Dessa forma, por exemplo, se abstratamente uma determinada norma constitucional esteja sendo restringida na sua eficácia, por meio da limitação da norma-sanção, ao final do processo de construção da decisão jurídica poderá se verificar que outras normas constitucionais foram protegidas e, então, estas últimas normas representam melhor as opções axiológicas da Constituição.

Logo, a supremacia da Constituição atua como postulado normativo aplicativo, ou seja, como uma metanorma<sup>237</sup> que estatui deveres, procedimentos de aplicação de regras e de princípios<sup>238</sup>, como leciona Ana Ávila<sup>239</sup>:

[...] a supremacia da Constituição pertence ao campo das metanormas. Mais especificamente, é um postulado normativo que estrutura a aplicação de outras normas através da fixação de uma hierarquia e prescreve uma determinada forma de racionalidade, a de que a norma inferior não deve contrariar a norma superior. Algo como: se a Constituição está acima de tudo, tudo o que a contrarie não vale. A supremacia da Constituição é uma norma logicamente implicada pela necessidade de manutenção da unidade e hierarquia do sistema jurídico, fazendo parte, portanto, da Constituição material: [...].

De fato, a aplicação/realização das normas constitucionais não é um fato instantâneo, de subsunção imediata, mas um acontecimento essencialmente procedimentalizado. O Min. Sepúlveda Pertence, no RE nº 135.328, ao lecionar sobre

---

<sup>237</sup> Adota-se, aqui, a distinção inclusive entre regras, princípios e postulados normativos, construídos a partir dos dispositivos normativos, por conexões argumentativas e axiológicas, conforme se opte pelo caráter (pela dimensão normativa) imediatamente comportamental (regras), finalístico (princípios) ou metódico-estruturante (postulados), conforme Ávila (2008, op. cit., p. 68-71). Assim, têm-se, no primeiro grau de normas, regras e princípios e, no segundo grau, como “deveres estruturantes da aplicação de outras normas” (ÁVILA, 2008, op. cit., p. 142) os postulados normativos aplicativos, denominadas normas de segundo-grau: “Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.” (ÁVILA, 2008, op. cit., p. 123).

<sup>238</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., 122-123.

<sup>239</sup> ÁVILA, 2009, op. cit., p. 66.

a implementação de uma nova ordem constitucional – que alterou a ordem constitucional anteriormente vigente – dá a idéia de necessária procedimentalização da eficácia das normas da Constituição:

O caso mostra, como efeito, a inflexível estreiteza da alternativa na jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com sua fulminante eficácia **ex tunc**; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda da vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – **faz abstração da evidência 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 –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.**

É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas da legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem efetiva atuação. (grifo nosso).

O que se desdobra é que a efetividade das normas constitucionais pressupõe um processo dialético, complementar, de continuidade na consideração dos interesses e valores contrapostos, o que demanda uma técnica de aplicação específica<sup>240</sup>. Daí a importância da observância de procedimentos na superação de possíveis conflitos, que aumentam a chance de resultados apropriados<sup>241</sup>. Por isso, a limitação dos efeitos da norma-sanção de invalidação *ex tunc*, é um instrumento que demonstra o caráter dinâmico de realização da supremacia da Constituição, dependente, muitas vezes, de consideração *ex post* e não pré-determinadas.

Promove-se a eficácia de outra(s) norma(s) constitucional(is), restringindo-se a eficácia da norma constitucional “violada”. Para isso, são preservados os efeitos do ato inconstitucional, não porque se mantém a validade e a eficácia do ato inconstitucional em si, mas porque se reconhece e se protege a co-incidência de outra norma constitucional promovida pela restrição dos efeitos da sanção daqueloutra<sup>242</sup>.

Em segundo lugar, o postulado da supremacia da Constituição não é descumprido pela simples não-aplicação da norma de invalidação *ex tunc*, na sua

<sup>240</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 31-32-39.

<sup>241</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional na república federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 41.

<sup>242</sup> AVILA, 2009, op. cit., p. 67.

integralidade (nulidade).

Como realizar a supremacia da Constituição depende de uma racionalidade própria, é preciso fundamentar o postulado normativo aplicativo da supremacia da Constituição para explicitar os deveres que ele estabelece, vinculando os seus elementos e estabelecendo uma relação entre esses elementos<sup>243</sup>, no caso, entre as normas constitucionais.

No plano das normas, *prima facie*, a supremacia da Constituição é observada quando, o julgador sanciona o ato inconstitucional, decretando a invalidade com efeito *ex tunc*, porque incide a norma-regra-sanção: portanto, decreta-se a eliminação de todos os efeitos da norma inconstitucional, no plano abstrato e concreto<sup>244</sup>. Esse é, primária e presumivelmente a forma adequada e correta de restaurar a validade da norma violada e de prover o cumprimento da supremacia constitucional.

Nisso não há discórdia.

Entretanto, nessa atividade decisória do controle de constitucionalidade, apenas abstratamente considerada “é impossível prever todas as conseqüências decorrentes da aplicação dessa norma. Mesmo que dispuséssemos de conhecimento ilimitado quanto aos possíveis ‘efeitos colaterais’, ele não seria útil para a feitura de uma norma geral e abstrata”<sup>245</sup>, capaz de abarcar todas as razões relevantes para a decisão constitucionalmente correta.

Essa insuficiência na decisão – geradora daquilo que se chama “manifesta injustiça na decisão”<sup>246</sup> ocorre porque a eficácia nomológica (normativa) e jurídica de certas normas, sobre os mesmos fatos e atos da vida, sobre o mesmo “âmbito da norma”, estão *prima facie* excluídos de uma apreciação no controle de constitucionalidade, no universo restrito das normas objeto do juízo de inconstitucional.

---

<sup>243</sup> Os postulados normativos dividem-se em postulados específicos e inespecíficos. Os postulados inespecíficos “[...] exigem o relacionamento entre elementos, sem especificar, porém, quais são os elementos.” (AVILA, 2008, op. cit., p.129).

<sup>244</sup> Embora, no plano concreto, muitos atos dependem ainda do respeito ao devido processo jurídico, principalmente se há atos jurídicos já consumados, decisões judiciais transitadas em julgado ou outras normas estabilizadoras dos casos.

<sup>245</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klau Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 2, p. 241-254, jan./jun. 2006. p. 244.

<sup>246</sup> Conforme Otto Bachof (apud MIRANDA, 1983, op. cit., p. 390): “um resultado injusto é também em regra – embora não sempre – um resultado juridicamente errado”.

É fácil perceber que, ordinariamente, o postulado da supremacia da Constituição se realiza na garantia da validade/vigência de uma(s) norma(s) constitucional(ais) específica(s), pela aplicação da norma-sanção de invalidação sobre o ato inconstitucional. Entretanto, não se pode olvidar que, mediatamente, “a garantia jurídica [...] visa toda a Constituição, e não cada norma em particular. O que se pretende quando se estabelece um aparelho de garantia é dar ou reforçar a eficácia de um sistema de normas”<sup>247</sup>.

De Miranda se extrai a lição do porquê da indispensável procedimentalização da garantia da supremacia da Constituição aqui defendida. Sempre se deve iniciar pelo controle de constitucionalidade a partir de certas normas constitucionais isoladas no juízo de inconstitucionalidade, pois a Constituição é posta em causa por meio destas normas<sup>248</sup>. Isso impede o recurso **direto** do intérprete/aplicador à totalidade das normas constitucionais na interpretação da Constituição.

A garantia da Constituição principia pela proteção da norma constitucional isoladamente, e não das normas na sua totalidade, pois:

Um sistema de garantia da Constituição conduz, pois, a duas conseqüências, que repugnam à ideologia do Estado Constitucional: o esvaziamento da garantia nas relações jurídicas, máxime nas relações jurídicas, e o arbítrio (ou a paralisia) dos órgãos de garantia. Estamos aptos a perceber porquê. O esvaziamento da garantia provém de tornar fluída, indefinida, à merce de interpretações e opções várias ou de cariz político. Consegue-se (ou visa-se mesmo) a garantia do sistema de governo e do regime, e não a da norma reguladora da relação. O arbítrio ou a paralisia do órgão de garantia, por seu turno, nasce de lhe fugir uma norma, que lhe ampare, para se dissipar na massa da Constituição. Um órgão jurisdicional de garantia transforma-se mais cedo ou mais tarde em órgão político<sup>249</sup>.

Portanto, a supremacia da Constituição é realizada pela afirmação da validade da norma constitucional individualmente considerada, conforme verificado no juízo de inconstitucionalidade. O intérprete/aplicador que se socorre ou das conseqüências globais da decisão de inconstitucionalidade ou da totalidade das normas da Constituição (espírito da Constituição) para determinar os efeitos temporais da invalidade, antes mesmo de decidir juridicamente, com base apenas naquela norma constitucional isolada labora em erro.

---

<sup>247</sup> MIRANDA, 1996, op. cit., p. 238.

<sup>248</sup> MIRANDA, 1996, op. cit., p. 239.

<sup>249</sup> MIRANDA, 1996, op. cit., p. 243.

Embora a supremacia da Constituição se principie na restauração da validade da norma constitucional violada isoladamente, não se pode olvidar que algumas normas têm a especial qualidade de co-incidirem nas manifestações jurídico-estatais de cunho normativo, pela sua importância para a ordem jurídica coletiva. Por isso, são invocadas para restringir a eficácia invalidante das normas constitucionais, porque dentro do seu âmbito de validade, protegem interesses jurídicos fundamentais ou porque estabilizam as realidades criadas.

Esse fenômeno ocorre porque o mesmo suporte empírico (mesma parcela da realidade) normatizado por uma norma jurídica NC1 (regra ou princípio constitucional violado) pode ser também suporte empírico para a incidência de outras normas jurídicas (NC2), concomitantemente.

Nas relações jurídicas em geral, e nas de Direito Público em especial, representadas pelos sujeitos *Estado vs Titular de Direitos Fundamentais*, dificilmente apenas uma única norma constitucional – em abstrato – poderá ser considerada como incidente ao caso. Os direitos fundamentais mesmos têm eficácia irradiante sobre todas as atuações jurídico-públicas, legislativas, administrativas ou judiciais<sup>250</sup>, nas suas diferentes dimensões.

Assim, além das normas específicas, relativas à forma e aos limites da tributação, às formas e aos limites das relações administrativas e às relações negociais privadas, por exemplo, também as normas de direito fundamental, primariamente “excluídas” na decisão, podem tornam-se *ex post* aplicáveis, ao protegerem a situação fática ou jurídica.

Para justificar essa “pretensão de incidência paralela”, porém, é necessário reconhecer que a atuação estatal é sempre um “fato operativo” que atrai a incidência, e é capaz de promover, os fins de outras normas jurídicas, principalmente as normas de direitos fundamentais.

Uma lei ou um ato normativo são condutas estatais, mesmo inválidas, e, por isso, podem conferir vantagens, induzir ou despertar confiança nos titulares de direitos fundamentais ou, ainda, podem gerar efeitos fáticos imutáveis ou estáveis. Leis e atos normativos são condutas estatais, uma vez que são atos jurídicos públicos<sup>251</sup>. E, como tais, atraem a incidência das normas constitucionais, cujos

---

<sup>250</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 386-398.

<sup>251</sup> CANOTILHO, op. cit.

âmbitos normativos são idênticos ou semelhantes aos de outras normas constitucionais ou, ainda, o “desiderato” destas normas acaba por se concretizar por efeito (jurídico ou fático) dos atos normativos inconstitucionais<sup>252</sup>.

Logo, se a norma constitucional violada fundamenta a regra da invalidação *ab origine* dos efeitos do ato inconstitucional, outras normas, por outro lado, poderão exigir a confirmação das realidades produzidas. Esse procedimento de re-alocação do fundamento dos efeitos de “um ato normativo inconstitucional” para uma outra norma constitucional, afastando o que seria, *prima facie*, a melhor aplicação presumida da Constituição por uma “melhor aplicação real da Constituição” demonstra que a plena realização do postulado da supremacia da Constituição depende de um procedimento mais aberto do que o mero juízo de subsunção da norma-regra da invalidade. Mas esse é o segundo momento de realização da supremacia da Constituição, temporalmente posterior à primária invalidação do ato inconstitucional e dependente da co-incidência de outras normas.

Nesse segundo momento, é necessário considerar que a Constituição é uma unidade de normas, não podendo ser considerada isoladamente na sua aplicação. Como ensina Medeiros:

O princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre diferentes interesses constitucionalmente protegidos. Ou, em termos mais radicais, o objetivo da Constituição é alicerçar o Estado e não destruí-lo. A premissa básica para a limitação dos efeitos é a de que ela garante melhor a normatividade da Constituição<sup>253</sup>.

Portanto, não se deve olvidar que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”<sup>254</sup>, e, assim, em certos casos, não se deve aplicar isoladamente a norma de invalidade *ex radice*, sem atentar para os reflexos de tais decisão sobre outras normas jurídicas fundamentais. Canotilho<sup>255</sup> destaca que:

---

<sup>252</sup> Atos normativos processuais sobre atuação em juízo, sobre capacidade postulatória de Defensores Públicos ou sobre horários de funcionamento de fóruns, devidamente observadas por cidadãos, implicam concretizações não apenas da competência de um ente político para legislar sobre processo (art. 22, inciso I da Constituição da República), que pode ter sido violada, mas também realizam o direito das partes ao contraditório, à ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição da República); Atos normativos que deliberam sobre remuneração, nomeação ou promoção de servidores configuram exercício de poderes da Administração Pública, mas, ao mesmo tempo, podem vir a despertar situação de confiança ou expectativa legítima de estabilização.

<sup>253</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 712.

<sup>254</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros: São Paulo, 1994. p. 180 e ss.

<sup>255</sup> CANOTILHO, op. cit.

Como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “factor hermenêutico de decisão”, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

O intérprete/aplicador não pode se aproximar para interpretar e concretizar as normas da Constituição “ignorando que as suas partes estão ligadas ao todo” (des-integração) ou “ignorando o não menos importante de que o todo é composto por diferentes partes” (hiper-integração)<sup>256</sup>.

Quer-se dizer, com isso, que a aplicação da norma constitucional NC1, realizada judicialmente pela invalidação do ato normativo inconstitucional “A” não garante automaticamente que esteja sendo promovida a melhor normatividade da Constituição, podendo gerar uma decisão desintegradora da Constituição, desconsiderada na sua totalidade. Logo, a invalidação retroativa implicará supremacia da norma constitucional específica, em detrimento da superioridade da Constituição.

Para evitar tal distorção é que há esse segundo momento: a supremacia da Constituição é realizada plenamente só depois da consideração de todos os fatos e normas relevantes e pertinentes, com o auxílio dos postulados normativos aplicativos da razoabilidade – para afastar a aplicação da norma-regra da invalidação – e, depois, só então, da proporcionalidade, para redefinir a eficácia das normas colidentes, quanto à eficácia invalidatória. A norma-sanção de invalidade *ex tunc* do ato inconstitucional é preliminar e instrumental em relação à garantia da supremacia Constituição.

Os efeitos dos atos inconstitucionais na vida real podem vir a ser re-incluídos no âmbito da licitude da Constituição, promovendo-se a função racionalizadora e estabilizadora da Constituição<sup>257</sup>, garantindo-se o respeito aos elementos basilares da Constituição (direitos fundamentais), sem desconsiderar a norma constitucional que fundamentou o “juízo de inconstitucionalidade”.

No julgamento da ADIN 2240, o Relator, Min. Eros Roberto Grau bem destacou no seu voto<sup>258</sup> essa exigência de cotejo entre normas:

---

<sup>256</sup> TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19-20.

<sup>257</sup> HESSE, 1995, op. cit., p. 40, 42 e 43.

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de inconstitucionalidade 2240/BA**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br >. Acesso

Cumpramos verificarmos o que, no caso, menos compromete a força normativa futura da Constituição e a sua função estabilizadora. O que menos se sacrifica. A agressão à regra do § 4º do art. 18 da Constituição do Brasil ou a violação do princípio federativo? Quais são os interesses atendidos em razão da declaração da inconstitucionalidade da lei que criou o Município? Quais interesses serão sacrificados em consequência dessa declaração de inconstitucionalidade?

Em suma, a realização do postulado Supremacia da Constituição depende, proceduralmente:

1) Num primeiro instante, de um controle da constitucionalidade realizado a partir de certas e determinadas normas constitucionais (parâmetro de controle). Exclui-se, porém, a invocação preliminar do intérprete-aplicador “à totalidade das normas constitucionais” como fundamento para eventual vício de inconstitucionalidade.

2) No segundo instante, no momento da aplicação da norma-sanção com efeito retroativo, a fim de desfazer todos os atos e fatos decorrentes da eficácia do ato inconstitucional, o julgador deverá considerar a possível co-incidência de outras normas constitucionais como razão para superar, em certos casos, a regra da invalidade *ex tunc*, sem violentar o fim mediato da invalidação (garantia da supremacia da Constituição).

3) Finalmente, essas outras normas constitucionais, além de deverem-ser pertinentes ao caso, poderão ter sido concretizadas/realizadas de tal forma que justifiquem excepcionar a regra da invalidade *ex tunc*, com a modulação dos seus efeitos temporais. Isso dependerá, porém, após o rompimento da regra da invalidação, da redefinição das eficácias das normas, pelo postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, harmonizando-se as normas (princípios) constitucionais colidentes que justificam a invalidação *ex radice* e que justificam a restrição dos efeitos temporais.

Com isso se demonstra que o postulado da supremacia da Constituição não se confunde com a supremacia de uma norma constitucional isolada. Parte-se, necessariamente desta norma isolada NC1. Mas, posteriormente, pela incidência de outras normas constitucionais (NC2 ou NC3) devidamente identificadas pelo seu *pedigree* constitucional, devidamente sopesadas e conclusivamente mais “pesadas”



naquele caso, autoriza-se a superação da norma-sanção de invalidade reclamada pela NC1. Finalmente, afasta-se a regra que presumivelmente realiza a supremacia da Constituição (invalidação *ex tunc*) e se procederá à redefinição do seu alcance, num juízo de proporcionalidade do meio eficaz adotado (*ex nunc*, *ex tunc* ou outro) entre as normas que reclamam a eficácia retroativa ou prospectiva da invalidação.

Para que algumas normas constitucionais possam representar melhor a normatividade da Constituição, é preciso a análise de todas as circunstâncias, o que não dispensa a procedimentalização. Fica evidente, pois, que a supremacia da Constituição não se esgota na aplicação de uma norma constitucional isoladamente, mas envolve a atribuição de força normativa à Constituição, mediante a concordância e a harmonização de suas normas jurídicas fundamentais.

## CAPÍTULO 2 - A CO-INCIDÊNCIA DE DETERMINADAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A REALIDADE JURÍDICA E FÁTICA CRIADA PELO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL

### 2.1 As eficácias dos atos normativos como atos jurídicos estatais e a incidência simultânea das normas de direito fundamental

Editado um ato normativo, por um órgão estatal, ele passa a valer e, salvo disposição em contrário, começa a ter vigência, gozando da presunção de validade e de constitucionalidade. Tornado público mediante publicação oficial – ele será apto à produção de efeitos jurídicos e fáticos. Note-se que para a eficácia de um ato normativo pressupõe-se a sua existência e, portanto, a sua vigência (imperatividade) e não, necessariamente, a sua validade jurídica<sup>259</sup>.

Os atos normativos, por representarem manifestação do Poder Estatal, atraem a incidência das normas jurídicas constitucionais como balizas de controle da sua legitimidade. Já os seus efeitos (normativos e fáticos) podem vir a ser reconhecidos apenas como “aparentes” ou como ilegítimos, aplicando-se a sanção de invalidação retroativa. Mas isso tudo apenas se analisados sob a ótica do ato normativo inconstitucional. Ao se analisar a integralidade do fenômeno de ponência de atos normativo, antes de, simplesmente, apagar todo e qualquer efeito gerado pelos atos inconstitucionais, tais efeitos – casualmente vinculados ao ato inconstitucional - podem não ser mais ilegítimos ou inconstitucionais, a teor da incidência de outras normas constitucionais.

---

<sup>259</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82-83. No mesmo sentido parece ser a doutrina de Guastini (*apud* PRESA, op. cit.). A autora traz concepção de Ricardo Guastini (L'illegittimità delle disposizioni e delle norme), que divide a validade das normas jurídicas em sentido forte (uma norma pertence ao sistema jurídico está em conformidade com as meta-normas de identificação daquele sistema) e em sentido fraco (uma norma está criada, posta e emanada por uma autoridade *prima facie* competente), esta última identificada com a simples existência da norma, ainda não “avaliada” pela Corte Constitucional. Em qualquer caso, segundo o autor a existência é condição suficiente para a sua aplicação e, assim – dizemos nós - para a sua eficácia.

### 2.1.1 As eficácias dos atos normativos em geral

Há diversas compreensões sobre a eficácia dos atos normativos em geral. Silva<sup>260</sup> diferencia: a) eficácia jurídica - aptidão (possibilidade) da norma vigente (existente juridicamente) ser aplicada aos casos concretos, regulando as situações, relações e comportamentos de que cogita; b) eficácia social, como sinônima de efetividade<sup>261</sup>, “englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”<sup>262</sup>.

Para Carvalho<sup>263</sup> há: a) eficácia jurídica como “o próprio mecanismo lógico de incidência”, segundo o qual ocorrido o fato previsto abstratamente, a norma incide; b) eficácia técnica, que garante à norma a presença de todos os elementos indispensáveis para jurisdicizar os efeitos produzidos no mundo social; c) e eficácia social ou efetividade, relacionados ao acatamento, ao seguimento das ordens estabelecidas nas normas.

Diante da multiplicidade de conceitos, entende-se que no plano da eficácia, é possível distinguir<sup>264</sup>:

a) a eficácia nomológica, ou normativa, a qual leva à incidência da norma. Assim, a eficácia nomológica<sup>265</sup> corresponde à qualidade da incidência da norma sobre o suporte fático (realidade), tornando os fatos da vida fatos juridicamente relevantes<sup>266</sup>. Por exemplo, as normas constitucionais que protegem a liberdade de iniciativa, a propriedade privada, têm eficácia nomológica sobre as leis e atos normativos que regulam as relações de direito do consumidor, o tráfego jurídico de bens e direitos entre pessoas;

b) eficácia jurídica, que é o conjunto de conseqüências jurídicas imputados aos fatos jurídicos. São os efeitos (decorrências) gerados pelo próprio fato jurídico, numa relação causal-jurídica. Assim, perceber valores em razão de trabalho na

<sup>260</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60, 65-66.

<sup>261</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 84-85.

<sup>262</sup> SARLET, op. cit., p. 240.

<sup>263</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>264</sup> A distinção inspira-se em Mello (2007, op. cit.), o qual adota a compreensão de Pontes de Miranda.

<sup>265</sup> O autor chama de regra jurídica, o que, atualmente, denomina-se norma jurídica e que nós utilizamos como sinônimo de norma jurídica.

<sup>266</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 43.

Administração Pública é eficácia decorrente da incidência e da aplicação da norma jurídica que fundamentou o ato administrativo (fato jurídico) de nomeação do servidor. Ocupar um imóvel e lá instalar os bens é eficácia decorrente da transferência da posse do imóvel (fato jurídico).

c) eficácia social, advém com a aplicação da norma. Ela se verifica quando há eficácia do Direito, que nada mais é do que um juízo de constatação acerca do cumprimento da norma jurídica (se se tornaram reais as conseqüências jurídicas previstas). É a real obediência (efetividade) da norma.

Quanto à eficácia normativa e jurídica, segundo Pontes de Miranda<sup>267</sup>:

A incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência; a do fato jurídico, irradia-se, é jurisdicização das conseqüências dele, devido à incidência. Cada regra de direito enuncia algo sobre fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (efeitos, com a incidência, jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos, apesar da confusão reinante na ciência europeia: a eficácia da regra jurídica, que é a de incidir eficácia “legal” (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e eficácia jurídica, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos. (grifo do autor).

Portanto, qualquer lei ou ato normativo estatal é capaz de produzir desde a sua vigência (existência) certos efeitos. Toda norma – mesmo a inconstitucional – tem/teve eficácia nomológica (incidência) e eficácia jurídica, mais uma possível eficácia social, que depende tão-somente da sua existência (vigência), e não da sua validade. Apenas a legitimidade (e não a sua factibilidade da eficácia) é dependente da validade do ato normativo<sup>268</sup>.

Quando se cogita da eficácia (normativa, jurídica ou social) – mormente a eficácia jurídica – analisa-se o conjunto de efeitos casualmente produzidos por uma norma, isto é, vinculados a ela. Por outro lado, refira-se que incidência e a aplicação do ato normativo, embora correlacionados, são eventos que não se confundem<sup>269</sup>.

<sup>267</sup> PONTES DE MIRANDA *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 78.533-SP**. Relator. Min. Firmino Paz. Brasília, 13 de novembro de 1981. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2007w.

<sup>268</sup> SILVA, 2003, op. cit., p. 48 ss.

<sup>269</sup> Incidência e aplicação não se confundem. A incidência ocorre no mundo do pensamento humano, na mente do aplicador, independentemente da vontade humana, bastando a simples correlação da hipótese abstrata com o acontecimento da realidade e o reconhecimento da norma como norma jurídica. Ao contrário, a aplicação é ato humano de uma ou mais pessoas consistente em três proposições: “O suporte fático foi A; a regra jurídica A previu esse suporte fático; portanto, aplicando a regra jurídica “A” ao suporte fático “A”, temos tais conseqüências jurídicas” (PONTES DE MIRANDA *apud* ALVIM, Tatiana Araújo. Apontamentos sobre a estrutura lógica da norma jurídica. **Revista do**

Cite-se um exemplo, para clarificar os conceitos. Uma norma “N” que confere o direito de os servidores públicos processados criminalmente, em razão de seus atos, serem defendidos por Defensores Públicos Estaduais tem eficácia nomológica já quando se instaurar um processo criminal em que figura como réu um servidor “S”, acusado de crime no exercício de suas funções (ela incidiu). Se aplicada, voluntária ou obrigatoriamente (ato judicial que impõe o cumprimento), a norma gerará efeitos jurídicos (eficácia jurídica), por exemplo, permitindo a prática de atos processuais (contestar, postular provas) pelo Defensor Público. São efeitos jurídicos resultantes da incidência daquela norma<sup>270</sup>. Se não houvesse esse respeito, dever-se-ia, pela força pública (Judiciário), fazer aplicar a norma (aplicação). A aplicação, pois, decorre da não-observância da incidência.

Os atos jurídicos processuais do Defensor Público geraram efeitos jurídicos (houve defesa técnica, houve audiência de testemunhas, houve recursos, por exemplo). A juridicidade (legitimidade) destes efeitos jurídicos decorre da incidência e da aplicação da norma “N” que autorizava os Defensores Públicos a atuarem em juízo em defesa de servidores públicos. Entretanto, tal norma “N” editada pelo Poder Público poderia ser – como de fato o foi – declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O que fazer então, com esses efeitos jurídicos que antes eram “válidos” segundo a norma que, agora, é declarada inconstitucional? Pela doutrina da nulidade, qualquer eficácia do ato inconstitucional deveria ser apagada completamente.

Ocorre que esse é apenas um lado da questão da eficácia, pois se analisa a legitimidade dos efeitos decorrentes da incidência de uma determinada norma, unicamente a partir de um ato normativo “N” e das normas constitucionais que o fundamentam.

Ainda que desconsiderada primariamente pelo julgador, não se pode olvidar que a eficácia normativa (incidência) de outras normas sobre os mesmos fatos da vida é possível. Diversas normas têm pretensão de incidência sobrepostas umas sobre as outras, todas num mesmo caso concreto. Muitas delas acabam, em razão disso, tendo eficácias jurídicas semelhantes, ou realizadas conjuntamente com a

---

**Mestrado em Direito**, Maceió: Nossa Livraria, ano I, p. 189-213, jan./dez. 2005. p. 209).

<sup>270</sup> Caso ocorrido no julgamento da ADI 3022/RS (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3022/RS**. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 02 de set. 2004. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 04 nov. 2007x).

incidência e aplicação dessas normas<sup>271</sup>.

Resta, porém, saber se a preservação de efeitos jurídicos, decorrente da eficácia normativa de outras normas constitucionais, é atributo de toda e qualquer norma jurídica. Significa questionar se todas as normas da Constituição são aptas à co-incidência sobre uma mesma realidade, e justificaram a preservação da realidade, ou se esse atributo é especial a algumas delas.

### **2.1.2 Da co-incidência das normas jurídicas: a preservação dos efeitos do ato inconstitucional como produto da eficácia das normas de direitos fundamentais**

Inicialmente, é preciso admitir que a lei, o ato normativo geral e abstrato, o texto normativo, enfim, o material normativo objeto do controle de constitucionalidade, a partir do qual se constroem as normas jurídicas, representam atos/fatos jurídicos imputáveis ao Estado. Essa interpretação pode ser extraída de um antigo voto no STF, no julgamento do RE 78.533-SP<sup>272</sup>, em que o Ministro Firmino Paz discorreu sobre a lei como um “fato estatal”:

[...].

3. Atento eu, outrossim, antes do mais, para isso: lei é facto. Facto enunciativo e normativo. Facto social. Facto político. Facto jurídico. Lei é, portanto, acontecimento do mundo fático, do mundo social, do mundo político e do mundo jurídico. Sempre, porém, facto. (grifo do autor).

Neste julgamento, o Min. Firmino Paz asseverou que o ato inconstitucional não é apto a tornar jurídicos (diríamos nós, constitucionalmente válidos e legítimos) os efeitos produzidos por ele mesmo, mas que isso não impediria – na realidade da vida – a ocorrência de certos efeitos:

<sup>271</sup> “A” é norma infraconstitucional e inconstitucional; por sua eficácia nomológica gerou fatos jurídicos com efeitos na realidade (F1). F1, porém, não é resultado exclusivo da eficácia da norma “A”, podendo ser também resultado da eficácia de outras normas jurídicas. Uma pessoa pode estar morando em uma casa (fato da vida): a) por um acordo verbal com o proprietário; b) porque o imóvel está abandonado, e resolveu entrar no local, ocupando-lhe; c) por um acordo escrito e temporário com o proprietário; d) porque expulsou o antigo morador, e ali reside por mais de 15 anos (usucapião). Um mesmo fato, assim, poderá ter causa jurídica diversa isto é, ser resultado da eficácia de várias normas, todas legítimas e autônomas.

Exemplos inúmeros de preservação de efeitos de atos inválidos existem. São encontrados no Direito Civil, o casamento putativo (art. 1.561, *caput* e §§ do Código Civil), no Direito Administrativo, pela decadência do direito de anulação (art. 54 da Lei 9.878/99), que consolida determinada situação, a despeito da sua ilegalidade.

<sup>272</sup> BRASIL. 2007w, op. cit..

Se a lei, ou regra jurídica, sendo inconstitucional, é nula, logicamente, segundo os princípios suso expostos, não incide sobre factos, nela vistos ou previstos. Conseqüentemente, não há factos jurídicos. Pode haver factos; não, porém, jurídicos.

Sem factos jurídicos, não há eficácia jurídica, que seria irradiação de facto jurídico.

[...]

Os factos, sobre que não pode incidir, nunca, regra jurídica inconstitucional, não sendo, portanto, factos jurídicos, continuam, então, sendo factos do mundo fáctico. Ajurídicos, portanto.[...]. (grifo do autor).

Esses efeitos que o ato inconstitucional produziu, que para muito seriam apenas “aparência de efeitos”, “Pode(m) ser, até, jurídico, a poder de incidência de outra lei ou regra jurídica. Mas, de outra lei ou regra jurídica. Se regra jurídica outra não incidiu sobre ele, o acto não é (mais) jurídico.”<sup>273</sup> (grifo do autor).

Logo, se, por um lado, os efeitos jurídicos e sociais de uma norma são decorrência da vigência do ato normativo, por outro, a avaliação da legitimidade desses efeitos, para o Direito, não necessariamente depende da mesma norma que os causa, isto é, que os origina. Os efeitos podem tornar-se juridicamente legítimos em razão da incidência de outras normas, realocando-se o fundamento normativo<sup>274</sup>, pois que se desprenderam da norma inconstitucional.

Já se antecipou que a Lei – o ato normativo, o texto normativo – são condutas estatais com reflexos políticos, jurídicos e sociais. Como “fatos institucionais”, ou seja, condutas tipicamente estatais, a lei ou os atos normativos são sempre “hipóteses de incidência de outras normas”. Atos normativos são atos estatais, são manifestação da soberania e do monopólio da produção jurídica concentrada nos entes públicos. Visam à regulação de condutas, à realização de fins jurídico-constitucionais, à consecução de diretrizes constitucionais, enfim, cumprem as tarefas normativas estatais pré-determinadas pela Constituição.

De fato, há normas constitucionais que regulamentam a edição, na forma, no conteúdo e no procedimento dos atos normativos estatais: ou a lei é a concretização de uma imposição constitucional (v.g norma constitucional que impõe a regulação do mercado financeiro) ou o Estado decide editá-la por quaisquer outras razões (v.g ao editar normas estabelecendo cotas raciais o governo fundamenta-se na discriminação positiva – para promover a igualdade). A eficácia normativa, ou seja, a

<sup>273</sup> Na verdade, para o Ministro, naquele caso concreto, efeitos da norma inconstitucional não poderiam jamais ser mantidos e/ou convalidados, pois seriam meros efeitos “ajurídicos”. Porém, o que se utiliza neste trabalho é apenas o raciocínio por ele desenvolvido, e não o resultado.

<sup>274</sup> Em sentido semelhante: MICHELON, op. cit., p. 63.

incidência dessas normas constitucionais primariamente aplicáveis é aferível de plano, porque se trata das normas pertinentes ao caso, segundo o próprio legislador: ao editar normas sobre proteção ao meio ambiente, incidem as normas constitucionais relativas à liberdade de iniciativa, à propriedade privada e, por outro lado, à tutela dos vulneráveis, à função social da atividade econômica; ao editar normas sobre o regime de prisão, afere-se a sua validade sob a ótica dos direitos constitucionais dos presos e, ainda, sobre os interesses da sociedade em proteger bens coletivos fundamentais.

Entrementes, paralelamente, outras normas têm incidência. Independentemente do conteúdo dos atos normativos, eles não deixam de ser “atos jurídicos públicos”, isto é, manifestações de Poder Político. São exercício de uma atividade tipicamente estatal, ou exclusivamente estatal, segundo a Constituição. Recordando o voto do Ministro Firmino Paz, uma lei é sempre um fato estatal, um fato político, uma conduta, portanto, imputável ao Estado. E todas as manifestações de Poder por parte do Estado, válidas ou inválidas, legítimas ou ilegítimas, atraem a incidência das normas de direitos fundamentais. Não apenas na elaboração, mas também na aplicação do ato normativo e, até mesmo, no momento da invalidação, deve-se considerar a co-incidência das normas de direitos fundamentais.

Ainda que inicialmente excluídas, as normas de direito fundamental podem vir a ter algum “peso”, alguma “relevância” para a solução da questão. Isso acontecerá quando e se os efeitos do ato inconstitucional promoverem essas normas de direitos fundamentais - tão ou mais importantes do que a própria norma constitucional violada, justificadora da norma-sanção de invalidade.

Conquanto co-incidentes, as normas de direito fundamental não são – e nem podem ser - consideradas como imediatamente aplicáveis. Numa figura de linguagem: elas apenas ficaram “adormecidas” ou “em segundo plano” pela alocação da decisão sobre outras normas preliminarmente aplicáveis (no caso, sobre a norma constitucional violada).

A “exclusão” da eficácia das normas de direitos fundamentais, de início, decorre dos próprios limites da ação judicial proposta em juízo e, portanto, dos limites da argumentação judicial do controle de constitucionalidade. Focaliza-se primariamente a norma constitucional violada (NC1, NC2). Isso ocorre na medida em que, inicialmente, a presumida realização da supremacia da Constituição está na tutela daquela norma individual ou daquelas normas isoladamente (NC1, NC2).



Como, porém, antes de ser um conjunto de simples aplicação de normas puras, o Direito resolve problemas práticos, não se pode limitar o discurso jurídico.

Além disso, há uma peculiaridade no discurso judicial, porque é necessário um ponto de partida para a decisão, o que implica isolar a premissa maior em torno de uma ou algumas normas constitucionais, para avaliar a validade jurídica de um ato normativo. Esse problema é passível de correção mediante a abertura no procedimento de decisão de inconstitucionalidade, isto é, pela ouvida dos interessados e pela correta atribuição da importância às normas constitucionais coincidentes.

A co-incidência das normas de direito fundamental não é instantânea, razão pela qual sua aplicação não é automática. Depende-se de determinadas circunstâncias que caracterizam o “suporte fático” da incidência (tempo de vigência do ato inconstitucional, grau de modificação da realidade, confiança despertada, reforço da presunção de validade por condutas imputáveis ao Estado), ou seja, de elementos suficientes para a produção de eficácia nomológica e jurídica dos direitos fundamentais.

Analisados esses elementos, o julgador, mesmo compelido a invalidar o ato inconstitucional, por força de norma-regra sancionatória, depara-se com situações incluídas no âmbito de proteção das normas de direito fundamental, com cuja promoção está comprometido também por imposição Constitucional<sup>275</sup>. Não se olvide que as normas de direitos fundamentais têm atributos peculiares, que as diferenciam das demais normas constitucionais e que obriga a considerá-las na decisão.

---

<sup>275</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 696-724.

### **2.1.3 Da vinculação dos poderes públicos à realização, à promoção e à proteção das normas de direitos fundamentais como razão para considerar sua co-incidência e aplicação da regra da invalidação ex tunc do ato inconstitucional**

Há atributos das normas de direito fundamental que as torna peculiares em relação às demais normas da Constituição.

Em primeiro lugar, desde o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, as bases de uma Constituição estão assentadas sob a garantia de direitos da pessoa, como forma de orientar o exercício do Poder Político<sup>276</sup>.

Os direitos fundamentais inicialmente foram vistos apenas como direitos de defesa em face do Estado, isto é, como pretensões à abstenção de ações. Essa visão denotava, porém, uma concepção insuficiente, típica do liberalismo, pois era incapaz de revelar afinidade com moderna realidade social, em que a Constituição passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico<sup>277</sup>. Com o desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito, a Constituição albergou direitos sociais, relacionados a prestações fáticas por parte dos entes públicos, visando à criação de condições mínimas de dignidade e de igualdade. No constitucionalismo do pós-guerra, finalmente, mormente a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão, datada de 1958, referente ao julgamento do caso Lüth-Urteil<sup>278</sup>, houve o reconhecimento do significado objetivo dos direitos fundamentais para a coletividade<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> Art. 16 da Declaração: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (MIRANDA, 1983, op. cit., p. 17).

<sup>277</sup> MIRANDA, 1983, op. cit., p. 53.

<sup>278</sup> BVerfGE 7,198 apud TORRES, Jesus García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1986. p. 26-38.

<sup>279</sup> “Sem dúvida, os direitos fundamentais estão determinados, em primeiro lugar, a isto, de assegurar a esfera de liberdade do particular diante das intervenções do poder público; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. [...] A isso corresponde que o legislador concedeu o recurso jurídico especial para a salvaguarda desses direitos, o recurso constitucional, apenas contra atos do poder público. Do mesmo modo, porém, é certo que a Lei Fundamental, que não quer ser uma ordem neutra de valores [...], em seu título de direitos fundamentais também estabeleceu uma ordem de valores objetiva e que exatamente nisto se manifesta um fortalecimento fundacional da força de validade dos direitos fundamentais [...]. Esse sistema de valores, que encontra o seu ponto central na personalidade humana, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, e sua dignidade deve, como decisão jurídico-constitucional, valer para todos os setores do direito; legislação, administração e jurisdição recebem dele linhas diretivas e impulsos. Assim ele influencia, naturalmente, o direito civil; nenhuma prescrição jurídico-civil deve estar em contradição com ele, cada uma deve ser interpretada em seu espírito.” (Reprodução de Decisão Lüth-Urteil) (HECK, Luís

Segundo essa nova compreensão, os direitos fundamentais não mais se restringem à fixação de direitos subjetivos (de abstenção ou de prestação) em face do Estado, mas se caracterizam como valores objetivos para a comunidade política, como princípios jurídicos que irradiam para todos os âmbitos do Direito<sup>280</sup>. O desenvolvimento do constitucionalismo traz à Constituição, na garantia dos direitos fundamentais, o papel de ser “a sede dos valores jurídicos básicos acolhidos na comunidade política”<sup>281</sup>.

A caracterização da dimensão objetiva ou subjetiva dos direitos fundamentais não se vincula à distinção da natureza das normas jusfundamentais em consideração<sup>282</sup>. Tanto as regras quanto os princípios podem consagrar normas de direitos subjetivos fundamentais, como também podem representar “princípios objetivos” dignos de proteção e de preservação<sup>283</sup> pelos Poderes Estatais.

Mas a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais eles constituem também decisões jurídico-fundamentais de eleição de valores a serem preservados e de deveres a serem cumpridos pelos órgãos estatais. Referir-se à fundamentação objetiva dos direitos fundamentais é ressaltar o significado para a coletividade, como um fim relevante a ser buscado e protegido<sup>284</sup>.

Finalmente, a promoção da dimensão objetiva assegura o *status* dos titulares de direitos fundamentais frente ao Poder, inserindo-os na coletividade, sem desprendê-lo da titularidade subjetiva dos direitos fundamentais<sup>285</sup>. Nessa linha, Hesse<sup>286</sup> ressalta que os direitos fundamentais delimitam as competências dos poderes estatais, ao não permitir que, na tarefa de proteger, realizar ou limitar as tarefas constitucionais, o Estado suprima o *status* individual de liberdade e de igualdade comum a todos os titulares dos direitos.

---

Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, Porto Alegre, n. 29, p. 05-39, jan./mar. 1999. p. 31).

<sup>280</sup> ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b. p. 105-116.

<sup>281</sup> MIRANDA, 1983, op. cit., p. 56.

<sup>282</sup> SARLET, op. cit.

<sup>283</sup> SARLET, op. cit., Capítulo 5, Parte I.

<sup>284</sup> CANOTILHO, op. cit.

<sup>285</sup> HESSE, 1998, op. cit., p. 239.

<sup>286</sup> HESSE, 1998, op. cit., p. 239-244.

Outrossim, por serem “*elementos da base jurídica total da coletividade*”, os direitos fundamentais determinam conteúdos da ordem política e estatal (como a Democracia e o Estado de Direito), através da fixação de limites, objetivos e modos de cumprimento das tarefas estatais e da sua organização estrutural e funcional.

Sendo assim, como os direitos fundamentais representam: a) as bases materiais de uma Constituição; b) os parâmetros objetivos de atuação do Estado, orientando as funções legislativas, executivas e judiciais; c) uma esfera de proteção e de garantia em face do Poder Estatal; toda prescrição jurídico-normativa emanada dos entes estatais – sentenças, atos administrativos, leis - deve respeitar a incidência e eventual aplicação das normas de direitos fundamentais.

Reconhecê-los como fundamento da vida coletiva, como fins objetivos para o Estado, exige que se passe da sua previsão abstrata nos textos normativos para a sua vinculatividade concreta. Por conseguinte, eles devem ser considerados – seja sob a perspectiva defensiva, seja sob a perspectiva protetiva – quando o Poder Público julga, legisla ou administra<sup>287</sup>.

Em suma, não se conclui que direitos fundamentais se resumam a direitos subjetivos ou tenham um âmbito de incidência limitada. Há normas de direitos fundamentais que protegem indiretamente o indivíduo, garantem-lhe *status* ou posições, sem, contudo, outorgar-lhe direitos subjetivos<sup>288</sup>, mas que asseguram, ainda assim, uma limitação à atuação estatal. Isso os diferencia de qualquer outra espécie de norma constitucional, pois nem todas as normas da Constituição comprometem tamanhamente o julgador (em sentido objetivo e subjetivo).

Veja-se que a vinculatividade das normas de direitos fundamentais advém da Constituição. A República Federativa do Brasil é um *Estado Democrático de Direito* (art. 1º, *caput*), que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I). Os direitos fundamentais representam, assim, a condição de existência de um Estado Democrático de Direito<sup>289</sup>. Este, por sua vez, impõe a tutela e a proteção dos princípios e regras consagradores dos direitos fundamentais por todo o ordenamento, principalmente diante do exercício das funções estatais<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> SARLET, op. cit.

<sup>288</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 50-65.

<sup>289</sup> SARLET, op. cit., p. 59.

<sup>290</sup> CANOTILHO, op. cit..

Essa conclusão também se extrai da norma estrutural contida no art. 5º, § 1º da CRFB/88, segundo o qual, “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Ora, as manifestações público-estatais de quaisquer espécies são o natural “campo de incidência” o “âmbito das normas dos direitos fundamentais” e, por isso, seja qual for a função estatal exercida os direitos fundamentais terão de ser considerados na sua perspectiva defensiva ou protetiva.

Na mesma linha, o dever de proteção e de promoção dos direitos fundamentais, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário, decorre da fundamentalidade formal e material dessas normas e lhes assegura condição privilegiada em relação às demais.

A fundamentalidade substancial ou material decorre da sua imprescindibilidade para o Estado e da Sociedade<sup>291</sup>, isto é, as normas de direitos fundamentais configuram um núcleo mínimo normativo de direitos, condição de possibilidade da vida comunitária. A fundamentalidade formal os coloca no ápice do ordenamento jurídico<sup>292</sup>, vinculando não apenas o Legislativo e o Executivo, mas, principalmente, o Poder Judiciário, que é a seara em que se garantem tais direitos<sup>293</sup>. Como assinala Canotilho<sup>294</sup>:

[...] Tomando em conta todas estas dimensões pode afirmar-se que as entidades públicas estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias. As formas de actuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os actos normativos típicos (leis e regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é “livre” dos direitos fundamentais.

A edição de um ato normativo a prolação de uma sentença, a edição de um ato administrativo estatal, atraem, *ipso facto da sua existência*, a incidência da(s) própria(s) norma(s) constitucional(ais) legitimadora(s) para confirmar ou não sua validade. Ao mesmo tempo, a eficácia nomológica das normas de direito fundamental pressupõe a proteção dos seus titulares, em face de todas as condutas (normativas ou não) do Poder Público. Há, pois, um dever de consideração dessas normas também na decisão de aplicação da norma-regra-sanção de invalidade.

---

<sup>291</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 522-523.

<sup>292</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 520-522.

<sup>293</sup> MAURER, 2007a, op. cit., p. 26.

<sup>294</sup> CANOTILHO, op. cit.

Por tudo isso, somente os direitos fundamentais constituem normas constitucionais que gozam da aptidão de co-incidência, a ponto de restringir os efeitos temporais da invalidação do ato inconstitucional.

Apenas elas vinculam materialmente todo e qualquer procedimento estatal, e assim, encontramos justificativa para o Poder Judiciário nunca deixe de se manifestar a respeito da sua aplicabilidade aos casos. A Constituição, dos cinco fundamentos do Estado elencados no art. 1º (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), apresenta quatro deles relacionados com a proteção e/ou promoção de fins da pessoa humana. Logo, esses fundamentos estabelecem os fins mais amplos que devem orientar o intérprete/aplicador na promoção da supremacia da Constituição.

As demais normas constitucionais (de repartição de competências, de delimitação do orçamento, de organização do Estado, por exemplo), são mais orgânicas e estruturais do que axiológicas e/ou finalísticas e, portanto, sua incidência é restrita a certas formas e campos da atuação estatal, ao contrário do que sucede com os direitos fundamentais.

Finalmente, para fins de determinar quais são as normas de direito fundamental co-incidentes, destaque-se que não são apenas aqueles topicamente arroladas nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição da República. Há, por toda a Constituição, diversos direitos fundamentais esparsos<sup>295</sup>.

Ainda, para além dos direitos fundamentais positivados, existem direitos fundamentais não-escritos (implícitos e decorrentes)<sup>296</sup>.

Os direitos fundamentais implícitos (subentendidos nas normas de direitos fundamentais) também denominadas de normas de direito fundamental atribuídas ou adstritas<sup>297</sup>.

A construção das normas de direito fundamental atribuída, ou implícita, é uma relação de refinamento, necessária quando as normas serão aplicadas a casos concretos. Subsiste uma relação de fundamentação entre a norma refinada e a norma resultante, de tal forma que se espancam as indeterminações semânticas e estruturais da norma de direito fundamental.

---

<sup>295</sup> Segundo Sarlet (op. cit., p. 79-80), o STF, inclusive, reconheceu direitos fundamentais fora do art. 5º no julgamento da ADI nº 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches.

<sup>296</sup> SARLET, op. cit., p. 87-95.

<sup>297</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 69-71.

Ocorre que os enunciados de direito fundamental (v.g. “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” – art. 5º, inciso IV da CRFB/88) que permitem a construção da norma de direito fundamental, não são completos em si. Eles são semântica (o que é “manifestação do pensamento”, o que é “anonimato”) e estruturalmente (o que é preciso que o Estado faça ou omita para promover a liberdade na manifestação do pensamento) abertos e indeterminados.

Dessa forma, por meio da argumentação jurídica, das decisões judiciais e de conceitos empíricos, acaba-se por eliminar a incerteza semântica e estrutural, chegando-se a uma outra norma implícita/adstrita àquela expressa diretamente pelo enunciado, como, por exemplo: “O Estado deve criar legislação (conteúdo estrutural da norma) que permita ou facilite a formação de grupos intelectuais que expressem a opinião sobre assuntos políticos (conteúdo semântico)”.

Além disso, há os direitos fundamentais decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, os quais são aqueles previstos nos arts. 1º a 4º<sup>298</sup>. Isso ocorre devido à norma do art. 5º, § 2º da Constituição, que confere abertura material ao rol de direitos fundamentais<sup>299</sup>.

Em suma, devem ser consideradas como normas de direito fundamental aquelas normas da Constituição que permeiam o texto constitucional, em quaisquer de seus artigos, marcadas por três atributos: a) a existência de um enunciado normativo na Constituição, a partir do qual seja construível, direta ou implicitamente, a norma de direito fundamental<sup>300</sup>; b) a materialidade do seu conteúdo, que será a proteção ou a promoção, direta ou indireta, de bens e valores ligados à dignidade da pessoa humana<sup>301</sup>; c) o caráter normativo procedimental, que estabelece condicionamentos às competência e às imposições de atuação aos Poderes Públicos<sup>302</sup>.

---

<sup>298</sup> SARLET, op. cit., p. 95.

<sup>299</sup> SARLET, op. cit., p. 92 e seguintes.

<sup>300</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 66-67.

<sup>301</sup> SARLET, op. cit., p. 94-95.

<sup>302</sup> ALEXY, Robert. Los Derechos fundamentales. In: \_\_\_\_\_. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 12-35. (Série Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, nº 28). p. 19, 21-29.

#### **2.1.4 A forma de co-incidência dos direitos fundamentais sobre os atos normativos objeto do controle de constitucionalidade**

As normas de direitos fundamentais, positivadas, implícitas ou decorrentes, incidem concomitante e simultaneamente sobre os efeitos dos atos normativos inconstitucionais de duas formas:

1) A primeira, estabilizando as realidades criadas – protegendo-se objetivamente os fatos, as situações consolidadas, imutáveis, ou, ainda, subjetivamente garantindo a confiança na conservação desta realidade incorporada ao seu patrimônio jurídico de alguém (direito fundamental à segurança jurídica em sentido objetivo e subjetivo);

2) A segunda, como resultado da conservação de certos efeitos decorrentes da eficácia do ato inconstitucional, pois esses efeitos, mesmo que não mais jurídicos diante da inconstitucionalidade, concretizaram “fatos operativos” das normas de direitos fundamentais: é o que se pode compreender como excepcional interesse social, conceito jurídico indeterminado que materializa outras hipóteses não abarcadas pela segurança jurídica.

No primeiro caso, as normas de direitos fundamentais – mormente a segurança jurídica em sentido objetivo e subjetivo – co-incidentes aos atos normativos, trazem consigo o dever de respeito e de proteção às situações consolidadas ou inalteráveis por parte do órgão de controle de constitucionalidade.

No segundo caso, um ato jurídico público (normativo) inconstitucional, porque teve eficácia jurídica, pode ter ou criado, ou transformado ou modificado situações – que são, elas próprias, os fatos operativos (suporte fático concreto) de outras normas de direitos fundamentais<sup>303</sup>.

---

<sup>303</sup> Assim, por exemplo, uma norma processual editada por um Estado da Federação, que garante o direito à produção de prova por meio de teleconferência promove os seguintes direitos fundamentais: direito à defesa (réu) e ao contraditório (réu e autor); direito ao processo célere (encurta o tempo de tramitação do processo); direito de acesso ao Poder Judiciário, para exercício da ação, etc. Se, pela ótica das normas constitucionais que determinam o processo legislativo, esta norma processual deveria ter sido promulgada pela União e não por um Estado – portanto a eficácia nomológica seria ilegítima – o mesmo não se poderá dizer dos efeitos decorrentes dos fatos jurídicos gerados pela aplicação da norma (eficácia dos fatos jurídicos criados pela incidência e pela aplicação da norma inconstitucional).



A dificuldade é que o intérprete/aplicador – ferrenhamente vinculado à norma constitucional violada como única incidente e aplicável, olvida-se da co-incidência das normas de direitos fundamentais, o que ocorre independentemente de sua vontade. E, ao esquecer a incidência dessas normas, não considera sua aplicação, desprezando o postulado da supremacia da Constituição e, mais ainda, o dever de proteção dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, as normas de direito fundamental sempre incidirão concomitante sobre os atos normativos, mas dependendo do grau de realização da norma de direito fundamental poderá, ou não, haver a preservação dos efeitos do ato inconstitucional. Daí que a modulação dos efeitos da sanção está a depender exatamente das circunstâncias fáticas de cada caso, que indicarão a existência de elementos suficientes para justificar a aplicação dessas normas, superando a regrassanção de invalidade *ex tunc*.

## CAPÍTULO 3 - A ESPECIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS CO-INCIDENTES: ENTENDENDO A SEGURANÇA JURÍDICA E O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segurança jurídica e excepcional interesse social, segundo optou o legislador brasileiro, resumem o rol das normas de direitos fundamentais potencialmente aplicáveis no controle de constitucionalidade, e que são capazes de justificar a restrição dos efeitos temporais da norma-sanção invalidatória.

Eles designam conceitos jurídicos indeterminados<sup>304</sup>, interpretados a partir das prescrições constitucionais e das decisões do Supremo Tribunal Federal, como justificativas para a superação da norma-regra da invalidade *ex tunc* e como parâmetros para a re-determinação dos efeitos temporais da invalidação. Assim, num primeiro plano, deve-se compreender o significado destes conceitos jurídicos para, então, precisar a sua operacionalidade.

### 3.1 A segurança jurídica como direito fundamental

#### 3.1.1 Da segurança à segurança jurídica

No sentido comum da linguagem, segurança significa “acto ou efeito de segurar; afastamento de todo o perigo; condição do que está seguro; garantia; confiança, tranqüilidade de espírito por não haver perigo; certeza; firmeza, convicção; amparo”<sup>305</sup>.

A segurança, na Constituição, pode significar a segurança como garantia, a segurança como proteção de direitos subjetivos, a segurança como direito social e a segurança por meio do direito<sup>306</sup>. Há, portanto, múltiplas funções da segurança, desde aquela relacionada à segurança pública, até aquelas tipicamente relacionadas com a positivação, a modificação, aplicação e a eliminação dos atos normativos.

<sup>304</sup> AVILA, 2009, op. cit.; MEDEIROS, op. cit., p. 710.

<sup>305</sup> PRIBERAM. **Dicionário eletrônico unificado de português**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/dlpo.aspx>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

<sup>306</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ANTUNES, Carmem Lúcia (Org.). **Constituição e segurança jurídica, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004b.

Primeiramente, a segurança existe para tornar possível o Direito<sup>307</sup>, para realizar a Justiça, daí a compreensão de segurança *jurídica*: “Segurança jurídica não é [...] algo que se contraponha à justiça; ela é a própria justiça”<sup>308</sup>. A segurança visa à estabilização da ordem jurídica, o que impõe às normas serem constantes e duráveis. Portanto, tem um traço de conservadorismo e de preservação<sup>309</sup> a segurança no Direito. O Direito é um esquema de ordem, de segurança e de certeza, antitético à incerteza, à instabilidade, pois visa eliminá-las<sup>310</sup>.

Porém, o Estado não está apenas autorizado, mas, muitas vezes, obrigado a editar atos normativos para atender às prescrições constitucionais<sup>311</sup> - alterando a realidade para atender à evolução social ou para conformá-la às opções políticas democráticas. Sob a ótica do cidadão, destinatário do Direito, essa tensão entre alterações e prescrições normativas não pode ocorrer de qualquer forma. Elas devem ser sensíveis à esperança (expectativa) gerada nas regulações estatais e nas suas conseqüências<sup>312</sup>. Daí ser necessário compreender a segurança como garantia do Direito.

Ademais, a segurança determina a proteção a direitos e é ela mesma promovida pelo Direito. Ataliba destaca que a segurança, em geral, prevista na Constituição, leva à idéia de segurança jurídica, na medida em que determina a estabilidade dos atos estatais. Segundo ele, o Direito promove a segurança pela proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada<sup>313</sup>. Preleciona que:

O direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. [...] Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o direito é objetivamente um e que os comportamentos do estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão.<sup>314</sup>

<sup>307</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 168.

<sup>308</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Cadernos de Direito Público, Porto Alegre: PGRS, v. 27, n. 14, p. 13-32, 2003.

<sup>309</sup> MAURER, Hartmut. Garantia da continuidade e proteção à confiança. In: \_\_\_\_\_. **Contributos para o Direito do Estado**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b. p. 59-60.

<sup>310</sup> MELLO, Celso Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 06, p. 327-338, abr./jun.2007.

<sup>311</sup> MAURER, 2007b, op. cit., p. 60. Para GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998b. p.65, não são indeterminados os conceitos jurídicos, mas as expressões, os termos utilizados.

<sup>312</sup> MAURER, 2007b, op., cit., p. 60-61.

<sup>313</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 154.

<sup>314</sup> Id., *Ibid.*, p. 156-157.

Além disso, a Constituição, com instituições republicanas, é incompatível com a surpresa das condutas estatais, na modificação da ordem jurídica. Reclama-se a previsibilidade da ação pública<sup>315</sup>, pouco importando a espécie de ação estatal (legislativa, administrativa ou judicial). Para Ataliba:

A previsibilidade da ação estatal, decorrente do esquema de constituição rígida, e representatividade do órgão Legislativo asseguram aos cidadãos, mais direitos [...] a paz e o clima de confiança que lhe dão condições psicológicas para trabalhar, desenvolver-se, afirmar-se e expandir a sua personalidade.<sup>316</sup>

De fato, assim, a segurança, sem dúvida, não se destina apenas à tutela de direitos, de bens ou interesses individualmente considerados ou à tutela de situações sociais, senão à proteção e à garantia da estabilidade na preservação e na modificação das normas jurídicas, isto é, do Direito posto. É nessa perspectiva que a segurança pode ser entendida como direito fundamental, na sua dimensão de segurança jurídica, segundo a qual se deve exigir do Estado o respeito à previsibilidade, à estabilidade e à confiança dos cidadãos.

### **3.1.2 A norma de direito fundamental da segurança jurídica**

O valor da segurança está presente no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um dos objetivos da Assembléia Nacional Constituinte, por meio da implantação do Estado Democrático e como um dos valores supremos de uma sociedade<sup>317</sup>.

Note-se, entretanto, que não se pode encontrar expressamente uma disposição normativa que tenha positivado o “princípio da segurança jurídica”, de forma que ele esteja “aprisionado” em um determinado artigo constitucional. Ao contrário, o seu fundamento permeia o texto constitucional<sup>318</sup>.

Segundo Ávila<sup>319</sup> o princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro é

<sup>315</sup> Id., *Ibid.*, p. 144.

<sup>316</sup> Id., *Ibid.*, p. 142.

<sup>317</sup> *Preâmbulo*. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>318</sup> KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 35, p. 200-235, 1995.p. 223

<sup>319</sup> ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 303.

justificável de duas formas: a) dedutivamente, a partir do princípio do Estado de Direito (art. 1º da CF/88); b) indutivamente, a partir de outras regras constitucionais, tais como a proteção ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, da regra da legalidade e da irretroatividade, além da anterioridade.

Nesse mesmo sentido, a doutrina entende que o princípio da segurança jurídica é subprincípio do princípio do Estado de Direito<sup>320</sup> e, ao mesmo tempo, sobreprincípio, com função rearticuladora<sup>321</sup> em relação a certas normas como a legalidade, a igualdade, a irretroatividade e a anterioridade tributária<sup>322</sup>.

Subprincípio porque, entre os inúmeros fins visados pelo Estado de Direito, a segurança jurídica representa parcela desses fins<sup>323</sup>, como sendo obrigatoriamente um estado ideal de coisas decorrente das bases do Estado de Direito.

Sobreprincípio em relação aos princípios e regras expressamente fixadas na ordem jurídica<sup>324</sup>, como elemento que os une dentro de um mesmo ideal: limitação do poder político, garantia dos direitos, racionalidade na atuação pública, interdição da arbitrariedade. Também ele complementa a eficácia das normas jurídicas.

Vê-se, outrossim, que o art. 1º estabelece o Estado Democrático de Direito, tendo o art. 5º, *caput*, assegurado não apenas ao brasileiros, mas aos residentes no Brasil, a proteção à vida, à igualdade, à **segurança** e à propriedade. No art. 6º, *caput*, estabeleceu-se a segurança como um direito social – voltado à proteção em face dos riscos sociais, decorrentes do desenvolvimento econômico, tal como as outras formas de promoção da segurança – a seguridade social (art. 194 e seguintes da Constituição).

Todas essas normas visam à garantia da estabilidade, à tranqüilidade da vida, do trabalho dos titulares de direitos fundamentais em face das mudanças inesperadas, abruptas da atividade econômica e da atividade normativa estatal.

Ora, conjugando-se os dispositivos normativos do art. 5º e 6º, *caput*, com o sobreprincípio do Estado de Direito, é possível construir-se uma norma de direito fundamental atribuída<sup>325</sup> ou decorrente<sup>326</sup>, mas que assegura, autonomamente, um

---

<sup>320</sup> CANOTILHO, op. cit.

<sup>321</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 99.

<sup>322</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 61, p. 71-92, 1994. p. 86.

<sup>323</sup> Sobre a concorrência de princípios para a promoção do mesmo fim, ver: AVILA, 2008, op. cit.

<sup>324</sup> AVILA, 2006, op. cit, p. 304.

<sup>325</sup> Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma de direito fundamental que, embora sem determinação expressa num texto legal, pode ser construída a partir da fundamentação que especifique atuações ou omissões estatais necessária à realização de fins que protegem a pessoa

direito fundamental à segurança jurídica.

Em primeiro lugar, os dispositivos do *caput* do art. 5º e do art. 6º tipicamente estão positivados como direitos fundamentais (individuais e sociais), e, assim, são o ponto de partida para a construção da norma de direito fundamental à segurança jurídica<sup>327</sup>. Segundo essas normas (art. 5º e 6º), a segurança, a estabilidade, a pacificação e o respeito à confiança despertada são valores indispensáveis para que a pessoa humana possa exercer suas liberdades, planejar a sua vida e mesmo viver com certeza os atos praticados e seus efeitos esperados.

Em segundo lugar, é possível estabelecer-se um conteúdo ao direito fundamental à segurança jurídica, eliminando-se a indeterminação semântica e estrutural, como se verá a seguir. Semanticamente, a segurança é jurídica quando voltada à proteção de realidades constituídas pelo Direito ou a partir do Direito. Estruturalmente, o dever de respeito à estabilidade jurídica, à previsibilidade das condutas estatais e à confiança despertada nos atos e nos seus efeitos é imposto ao Estado<sup>328</sup>.

Em terceiro lugar, a soma daqueles deveres de promoção de certos valores indica que se protege a dignidade da pessoa humana, pois a segurança jurídica é da pessoa e não do Estado. Logo, permite-se defender a existência de uma norma de direito fundamental que impede/impõe/obriga o Estado de/a tolher situações definitivamente estabelecidas e/ou pacificadas e, ainda, de proteger tais situações.

Resta, então, apenas definir quais espécies de prestações esse direito fundamental exige.

---

humana e limitem a competência estatal (ALEXY, 2008a, p. 73-74).

<sup>326</sup> Como se disse, norma de direito fundamental decorrente é aquela fundada na abertura material do art. 5º, § 2º da CRFB/88, cujo conteúdo de proteção algumas das parcelas da dignidade da pessoa humana, de alguma forma limitando ou condicionando a competência do Poder Estatal.

<sup>327</sup> Utiliza-se, aqui, o conceito de normas de direito fundamental no primeiro dos três níveis de normas: O primeiro, a partir de um enunciado constitucional, formalmente positivado, a partir do qual se constrói uma norma de direito fundamental (ALEXY, 2008a, op. cit., p. 76-77).

<sup>328</sup> Embora se fale em dever, é preciso ressaltar que diversas são as formas de satisfação desse direito. Segundo Alexy (2008a, op. cit.), os direitos fundamentais são multifuncionais, o que quer dizer que eles exigem do Estado: a) direitos a algo: a.1) direito a ações negativas (omissões) a.2) direito a ações positivas (fáticas e normativas); b) preservação de uma esfera de liberdades e c) e preservação de certas competências.

### **3.1.3 Conteúdo do dever-ser e eficácia do princípio da segurança jurídica: segurança jurídica em sentido objetivo e em sentido subjetivo**

Enquanto norma de direito fundamental, a segurança jurídica pode ser construída como regra ou como princípio, partindo-se do conteúdo dos enunciados normativos (art. 1º, art. 5º, art 6º da CRFB/88) e da forma como eles contribuem para a decisão, imediatamente comportamental ou estabelecendo um fim a ser buscado, sem pré-determinar o comportamento exigido. Entretanto, a sua dimensão normativa é preponderantemente de princípio, pois impõe a promoção de um ideal de estabilidade, de confiabilidade, de previsibilidade e de mensurabilidade dos atos do Poder Público<sup>329</sup>.

Por se trata de norma de direito fundamental, é imperioso ressaltar que os titulares são as pessoas naturais e jurídicas, jamais o Estado, e os entes públicos, o quais são os destinatários dos mandamentos<sup>330</sup>.

Finalmente, para alguns autores, o conceito de segurança jurídica é plurisignificativo e indeterminado<sup>331</sup>. Porém, está consagrada na doutrina a divisão do conteúdo normativo do princípio da segurança jurídica em dois sentidos: segurança jurídica em sentido objetivo e em sentido subjetivo<sup>332</sup>.

#### **3.1.3.1 O conteúdo da norma de direito fundamental da segurança jurídica em sentido objetivo**

O âmbito de sua aplicação é a regulação ou limitação à retroatividade dos atos estatais, mormente dos atos legislativos, em face, por exemplo, da garantia da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI da CF/88).

Ainda assim, há uma eficácia autônoma do direito fundamental à segurança jurídica em sentido objetivo, decorrente da sua eficácia normativa sobre os fatos da realidade. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada têm, como

---

<sup>329</sup> ÁVILA, 2006, op. cit., p. 303.

<sup>330</sup> SARLET, op. cit., p. 208-225

<sup>331</sup> FERRARI, op. cit., p.304.

<sup>332</sup> SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n 9.784/94). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 114, p. 33-75, 2003. p. 36.

fundamento axiológico comum, tornar definitivas ou imutáveis certas realidades da vida, independentemente de quem as tenha ocasionado e de quem seja o beneficiário. Uma das funções das normas da Constituição é a própria estabilização<sup>333</sup> dos acontecimentos da vida. Em sentido objetivo, pois, o princípio da segurança jurídica se relaciona com a estabilidade (posterior aos fatos já ocorridos) das situações fáticas e jurídicas estabelecidas.

Ocorre que as regras jurídicas – e norma-regra da invalidade não é diferente - têm conteúdo de mandamento pré-determinado, no sentido de que já prescrevem, *prima facie*, as conseqüências da ocorrência da hipótese de incidência. As conseqüências jurídicas da regra, contudo, podem não mais ser factíveis (no plano do ser), em face da estabilização ou da imutabilidade da realidade gerada pelo ato inconstitucional<sup>334</sup>. Eis aí a eficácia estabilizadora da segurança jurídica.

No Supremo Tribunal Federal há manifestações consagradas reconhecendo a eficácia estabilizante do princípio da segurança jurídica em sentido objetivo, como é o caso da “teoria do funcionário de fato”<sup>335</sup>. Embora haja entendimentos doutrinários reconduzindo estas situações à proteção à confiança (segurança jurídica em sentido subjetivo)<sup>336</sup> a proteção conferida à situação fática independe de quem tenha sido eventualmente beneficiado e/ou atingido pelo ato. E não se alegue que a proteção, na “teoria do funcionário de fato” seria do próprio funcionário.

Logo, vê-se o caráter objetivo de tutela da realidade consumada, estabilizada, e não da proteção à confiança ou à boa-fé de algum sujeito. No RE 78.594<sup>337</sup> o Relator, Min. Bilac Pinto, no caso dos agentes do tesouro do Estado de São Paulo que foram cedidos para exercerem a função de Oficiais de Justiça, afirmou que, apesar da inconstitucionalidade na nomeação: “[...] os atos que praticaram, como oficiais de justiça de fato, são válidos, de acordo com a melhor doutrina do direito

<sup>333</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2240/BA**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2007y. Voto do Relator.

<sup>334</sup> “Trata-se de um fato. Não se anulam fatos (p.31) [...] Ou, ainda, citando Jellinek: [...] na vida do Estado as relações reais precedem as normas em função delas produzidas”. Voto do Min. Eros Roberto Grau (BRASIL, 2007y., op. cit.).

<sup>335</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança 9.757**. Relator: Ministro Pedro Chaves, Brasília, 17 de abril de 1963. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2008a. Ainda: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n 78.290**. Relator: Ministro Aliomar Baleiro. Brasília, 04 de junho de 1974. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 05 jan. 2008b.

<sup>336</sup> MAFINI, Rafael da Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 105-106.

<sup>337</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 79.594-SP**. Relator: Min. Bilac Pinto, Brasília, 07 de junho de 964. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 05 jan. 2008c.



administrativo”.

Segundo o STF, em outro caso, “criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou, verifica-se uma situação excepcional, que aconselha a inalterabilidade da situação que se estabeleceu, não obstante a inconstitucionalidade da norma”<sup>338</sup>. Atendendo-se à finalidade social da lei, às exigências de ordem prática da realidade, nas quais os efeitos das leis tornam-se, por vezes, dificilmente reversíveis ou irreversíveis, preserva-se a realidade<sup>339</sup>.

Nesse sentido, ainda, enquadra-se o julgamento dos Embargos de Declaração na ADIN 3.756, quando o Min. Carlos Aires Britto<sup>340</sup> ressaltou que “não há como fazer refluir essa água orçamentária, porque a verdade é que durante os sete anos de existência dessa Lei esse percentual extrapolante foi praticado [...]”.

Nota-se, pois, que o estado ideal de coisas a ser promovido pelo princípio da segurança jurídica em sentido objetivo, como norma de direito fundamental atribuída, é a estabilização da realidade, indispensável para a vida pacífica. Aliás, “a realização de um mínimo de segurança constitui condição para que possa haver justiça”<sup>341</sup>.

Enquanto norma de direito fundamental atribuída, ela exigirá atitudes do Poder Público (Poder Judiciário) para proteger e garantir essas situações fáticas em que existe a estabilidade. Pouco importa o beneficiário desta estabilidade, desde que a situação seja imutável, estável, irreversível, por força fática ou jurídica (ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido). Afinal, a norma de direito fundamental estará indiretamente protegendo um bem fundamental (segurança, certeza e previsibilidade), que materializa um valor fundamental da comunidade política.

Definir-se os critérios de estabilização de uma realidade, afora os casos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, não é fácil. Por enquanto, salienta-se que a estabilidade conjugará o elemento temporal (passagem do tempo)

---

<sup>338</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 85.179**. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, 1984. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2008d.

<sup>339</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 103.619-RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 27 de maio de 1980. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2008e.

<sup>340</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na ADIN 3.756**. Relator: Ministro Carlos Aires Britto. Brasília, 21 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2008f. Apenas a fundamentação material deve ser utilizada, neste precedente, pois ele é exemplo de mais um julgado que contraria completamente a jurisprudência do C. STF, principalmente porque modula efeitos da “declaração de constitucionalidade”, o que, data vênua, é absurdamente inadmissível. A *ratio* da modulação de efeitos é preservar a certeza e a segurança na transição de uma situação de constitucionalidade para inconstitucionalidade e não de preservar situações de inconstitucionalidade, quando a norma é reconhecida como constitucional, desde a sua origem. Nunca houve inconstitucionalidade, senão na interpretação do ente público.

<sup>341</sup> SICHES apud FERRARI, op. cit., p. 309.

com – o que é decisivo – o grau de complexidade do desfazimento, da reposição do *status quo ante* das relações jurídicas decorrentes do ato ilegal ou inconstitucional.

Logo, por exemplo, a formatura de uma aluna, num curso universitário, muitos anos após ter-lhe sido deferida uma liminar para a transferência torna-se de difícil – para não dizer impossível – reposição da realidade anterior à passagem do tempo. Igualmente ocorre com a eleição de certo número de vereadores, que exerceram a vereança, editando leis, praticando atos normativos e administrativos, tudo com base em determinadas leis que, em meio às legislaturas, vem a ser reconhecidas como inconstitucionais.

Nesses casos, como a situação objetivamente é inalterável ou, ainda, é alterável, mas com sacrifício da estabilidade, ou seja, da segurança-garantia da paz social, cumprirá ao Tribunal “excepcionar” a norma-regra da invalidade, partindo – depois de fundamentar a excepcionalidade do caso com base na promoção da segurança jurídica - para a redefinição dos efeitos temporais da inconstitucional, mediante o postulado da proporcionalidade. Afinal:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência da inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança das próprias finalidades e da efetividade do sistema de fiscalização.<sup>342</sup>

Portanto, a segurança jurídica em sentido objetivo, como norma de direito fundamental atribuída ou decorrente, pode co-incidir durante a vigência do ato normativo inconstitucional, de tal forma que a incidência pode vir a ter eficácia jurídica estabilizadora (congelante). Interditada-se a alteração desta realidade fática criada, seja porque é faticamente inviável essa alteração, seja porque, embora viável no plano dos fatos, não se poderia realizar tal finalidade, pois implicaria restrição demasiada ao co-incidente princípio da segurança jurídica em sentido objetivo, como direito fundamental.

Somente demonstrando o grau da realização do princípio da segurança jurídica em sentido objetivo o intérprete/aplicador conseguirá romper a barreira que protege a invalidação retroativa do ato inconstitucional. Só afastando a pré-determinação constitucional da invalidade *ex tunc* da norma inconstitucional é que

<sup>342</sup> MIRANDA, 1983, op. cit., p. 500-502.

se partirá para a avaliação, à luz do postulado da proporcionalidade, dos novos efeitos temporais.

### 3.1.3.2 O conteúdo da norma de direito fundamental da segurança jurídica no sentido subjetivo – a proteção à confiança

A segurança jurídica em sentido subjetivo, que é a própria proteção à confiança, impõe limitações à liberdade estatal para alterar sua conduta e/ou modificar atos que produziram vantagens aos administrados, ainda que ilegais<sup>343</sup>, mas decorrentes de expectativas produzidas no beneficiário. O determinante para o direito fundamental à segurança jurídica, em sentido subjetivo, é a existência de uma relação Estado-cidadão, que desperte confiança imputável ao ente público e, ainda, que seja digna de tutela judicial (expectativa legítima). A situação pode não ser objetivamente imutável, mas subjetivamente vem a ser em face das condutas imputáveis àquele que despertou a confiança.

A proteção à confiança não se confunde com a boa-fé objetiva. Enquanto a proteção à confiança se destina à garantia de uma razoável expectativa quanto à manutenção de certa situação, criada por ato jurídico geral e abstrato com validade presumida, a boa-fé objetiva protege as expectativas decorrentes de atos jurídicos individuais, concretos e pessoais<sup>344</sup>.

A proteção à confiança emergiu em decorrência da boa-fé objetiva, como fundamento para pretensões contra o Estado a partir da Segunda Guerra Mundial, impedindo que atos jurídicos benéficos ao administrado, ainda que ilícitos, pudessem ser retratados e, no âmbito do Tribunal Constitucional Alemão. Também fora invocada na proteção de efeitos de atos ilícitos, de prescrições administrativas para os administrativos e para decisões que alteraram a jurisprudência de um certo Tribunal<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> COUTO E SILVA, 2003, op. cit., p. 37.

<sup>344</sup> AVILA, 2002, op. cit., p. 6.

<sup>345</sup> MAURER, 2007b, op. cit., p. 62.

Essa garantia do cidadão em face das atuações do Poder Público é resultado de uma nova relação ética entre o Estado e o cidadão, na qual as ações públicas devem ser levadas a sério<sup>346</sup>, principalmente em face da insuficiência do princípio da legalidade em preservar e promover os fins do Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito tradicional assegurava a confiança do cidadão por meio da certeza jurídica, isto é, a certeza nas normas jurídicas – gerais e abstratas – editadas pelo Estado de forma clara, exercendo um poder de autoridade e comando, em absoluta contraposição à Sociedade<sup>347</sup>.

A re-significação da noção do princípio da confiança advém de um postulado ético que embasa o novo ordenamento jurídico: a confiança nas expectativas criadas pelo outro, calcado na coibição da deslealdade e na criação de deveres jurídicos de colaboração e de cooperação.<sup>348</sup> Trata-se de uma nova visão de Estado e de cidadão, não mais marcada pelo autoritarismo e pela subordinação, mas pela complementariedade entre cidadão e Estado e pela cooperação e pelo respeito a posições fundamentais do cidadão<sup>349</sup>.

Segundo Larenz<sup>350</sup>, a promoção da paz jurídica exige que o Direito proteja a confiança suscitada pelo comportamento do outro. A confiança despertada por uma pessoa (a ela imputável) merece ser protegida quando o outro realmente acreditou numa situação e, quem a despertou, sabia ou devia saber os prováveis efeitos dos seus atos<sup>351</sup>. Ademais:

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica<sup>352</sup>.

A aplicação da norma-sanção de invalidade, por vezes, decorre de interpretações jurídicas – e juízos de inconstitucionalidade – que estão sujeitos a modificações, em razão da consideração de novas circunstâncias, de novas descobertas ou pela percepção de certos equívocos. Sob a ótica do cidadão, essas

<sup>346</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, p. 229-257, set. 2002. p. 231.

<sup>347</sup> Id., *Ibid.*, p. 232.

<sup>348</sup> Id., *Ibid.*, p. 233.

<sup>349</sup> Id., *Ibid.*, p. 234-235.

<sup>350</sup> LARENZ, Karl. **Derecho justo – fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 1985. p. 81.

<sup>351</sup> Id., *Ibid.*, p. 95-96.

<sup>352</sup> Id., *Ibid.*, p. 91.

alterações não podem ocorrer de qualquer forma, mas devem ser sensíveis à confiança, à esperança (expectativa) gerada nas condutas estatais e nas suas conseqüências<sup>353</sup>.

O ente público, por quaisquer de seus órgãos, quando aplica as normas e promove modificações na realidade (como quando desfaz situações fáticas para restaurar a validade de uma norma constitucional violada), deve considerar a crença e a esperança que se despertou. Logo, se efeitos de um ato perduraram por certo tempo, despertando crença quanto à perpetuação das conseqüências inicialmente produzidas, então a segurança jurídica em sentido subjetivo incide. Autonomamente, as eficácias nomológica e jurídica do direito fundamental à segurança jurídica em sentido subjetivo reclamarão a preservação da situação.

A proteção à confiança (segurança jurídica em sentido subjetivo), é assim, “conceito chave” de compensação ao cidadão, pelo monopólio jurídico-normativo do Estado<sup>354</sup> e, mais do isso, conceito ético, pressuposto por pessoas, por grupos ou por entes jurídicos sérios e racionais, que não podem despertar expectativas e, sem mais, frustrá-las.

O âmbito de sua proteção inclui quaisquer atos dos poderes públicos – legislativo, executivo e jurisdicional<sup>355</sup>. Na medida em que há vinculatividade dos atos jurídicos estatais (executivos, legislativos ou judiciais), impostos, alterados e dispostos unilateralmente, ao titular de direitos fundamentais deve ser assegurada uma tutela jurídica desta situação<sup>356</sup>.

Para ser digna de tutela, a proteção à confiança envolve ao menos três elementos: a) um fundamento de confiança criado pelo Estado – ou por ele respaldado; b) uma conduta de confiança, de crença do cidadão, em face da atuação estatal; c) uma alteração (desvio) na conduta estatal que decepciona a confiança do cidadão<sup>357</sup>.

No campo da superação da regra da invalidade *ex tunc*, primeiro a tutela da confiança dependerá do esforço argumentativo que demonstre a existência de conduta estatal reforçando a confiança do cidadão durante certo tempo, de forma

---

<sup>353</sup> MAURER, 2007b, op. cit., p. 60-61.

<sup>354</sup> MAURER, 2007b, op. cit., p. 64.

<sup>355</sup> CANOTILHO, op. cit..

<sup>356</sup> MAURER, 2007b, op. cit., p. 65.

<sup>357</sup> Os critérios são de Beatrice Werber-Düler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht *apud* MAURER, 2007b, op. cit., p. 65. Nota 20 e, ainda, nota 03 do artigo.

que se tenha despertado crença nos cidadãos e que este tenha aceito tal situação, comportando-se conforme tal ato. A lei é presumidamente constitucional, o que fundamenta a confiança, e decisões judiciais podem aprofundar essa confiança, no plano concreto ou abstrato. Aí se incluem, por exemplo, decisões judiciais confirmatórias da validade dos atos (nas quais *a constitucionalidade é dada de barato*, conforme afirmou o Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 1.102-2, STF, p. 1043). Finalmente, com a nova decisão judicial no plano geral e abstrato (no sentido da inconstitucionalidade, que reclama a sanção de invalidação), há modificação na realidade que decepciona essa confiança suscitada (pela lei) e confirmada (por decisões posteriores), frustrando as legítimas expectativas.

Note-se que os efeitos (situações inconstitucionais) foram lógico-casualmente gerados pela eficácia do ato inconstitucional. Não foi a segurança jurídica que as constituiu e, por isso, a inconstitucionalidade do fundamento de tais efeitos determina a aplicação da regra da invalidação *ex tunc*. Todavia, como houve a coincidência da norma da segurança jurídica em sentido subjetivo, que protege a confiança, os efeitos que seriam apagáveis, conservam-se, ou são parcialmente apagados *pro futuro* em algum termo temporal.

Exemplos concretos não faltam. A realização de concurso público interno (entre servidores já concursados, apenas) para promoção de cargos, com base em lei que muitos anos depois foi declarada inconstitucional, em que o cidadão se tenha portado confiando nisso, exercendo a função e prestando seus serviços caracterizam a proteção à confiança, não pode ser apagada, apesar da inconstitucionalidade da lei. Logo, o servidor continua integrando a Administração Pública, como se legitimamente tivesse nela ingressado. Remuneração percebida de boa-fé, não pode ser devolvida ao Estado. Regras de concurso público, ainda que inconstitucionais, devem ser mantidas se o concurso se encerrou e a declaração de inconstitucionalidade foi posterior à sua homologação.

De qualquer forma, a restrição da eficácia *ex tunc*, ainda dependerá da demonstração do grau de promoção da confiança do administrado, isto é, do grau de realização do direito fundamental à segurança jurídica em sentido subjetivo, capaz de suplantar a incidência da norma-regra da invalidade.

### 3.2 O excepcional interesse social como norma de direito fundamental realizada pelos efeitos do ato inconstitucional

Inspirado no constituinte português, o legislador brasileiro, além da segurança jurídica, introduziu o excepcional interesse social como um conceito jurídico com termo indeterminado: o que é, afinal, um excepcional interesse social?

Medeiros já advertia que a positivação de um “embróglio” de palavras e de conceitos amplia as possibilidades de ingerências políticas, de oportunidade, sobre a modulação dos efeitos temporais da invalidação, o que deveria, a rigor, ser um puro juízo jurídico<sup>358</sup>.

Uma interpretação em conformidade com a Constituição não é simples. A rigor, a Constituição Brasileira apenas utiliza o conceito de interesse social quando trata, por exemplo, no art. 170, da possibilidade de o Estado explorar diretamente atividades econômicas (relevante interesse coletivo) ou quando trata da reforma agrária, no art. 184, para atender certos interesses coletivos<sup>359</sup>.

Nem a experiência de direito comparado, nem a exposição de motivos da Lei do Controle de Constitucionalidade indicam que o excepcional interesse social seria apenas aplicável para fins de proteção às situações de reforma agrária ou atividade econômica do Estado. São pertinentes, a respeito, as observações de Ana Ávila<sup>360</sup>:

É interessante observar que o legislador pátrio preferiu o termo excepcional interesse social a excepcional interesse público. De plano é de se inferir que, se esta parte do dispositivo for considerada válida, através do seu uso deverá ter prevalência o interesse da sociedade – por suposto: a soma dos interesses individuais -, quando contraposto aos interesses do próprio Estado.

Por outro lado, para Ferrari<sup>361</sup> o que o legislador pretendeu foi estabelecer uma hipótese de modulação de efeitos temporais em que seja considerada a tutela

<sup>358</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 708.

<sup>359</sup> CF/88. “Art. 184. Compete à União desapropriar **por interesse social**, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.” (grifo do autor).

Nos art. 1º e 2º da Lei 4.132/62 definiu-se: “1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade, ou condicionar o seu uso ao bem-estar social [...]”

No art. 2º, define-se interesse social, como o aproveitamento do imóvel desapropriado para fins de habitação, trabalho (inciso I), atividades culturais e agrícolas (inciso II e III), cultura, entre outros.

<sup>360</sup> AVILA, 2009, op. cit., p. 166.

<sup>361</sup> FERRARI, op. cit., p. 313.

do interesse público primário<sup>362</sup>, não de uma classe ou um grupo social e, menos ainda, do Estado, mormente quando estes vierem a contrariar os interesses da coletividade. Essa compreensão vem ao encontro do que dispôs, posteriormente, o legislador ordinário, ao regulamentar a possibilidade de restrição da eficácia temporal das súmulas vinculantes, no art. 4º da Lei nº 11.417/2006, adotando o conceito de excepcional interesse público:

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de **excepcional interesse público**. (grifo nosso).

Portanto, não há dúvida de que, na verdade, a intenção do legislador nacional era repetir o português, a fim de, por um conceito indeterminado, abarcar as hipóteses em se impunha a restrição temporal do alcance da invalidação afora a segurança jurídica<sup>363</sup>. No Direito Lusitano, à mingua de expressão melhor que impedisse justamente a utilização política da manipulação dos efeitos, escolheram os constituintes a expressão “interesse público de excepcional relevo”<sup>364</sup>.

Excepcional interesse social não pode ser interpretado para autorizar interferências de interesses políticos ou particulares nas tarefas realizadas pela fiscalização de constitucionalidade<sup>365</sup>. Tal conceito, na verdade, é uma cláusula genérica que consagra outras hipóteses em que há co-incidência de normas de direitos fundamentais, afora a segurança jurídica, em que tais normas exigem a superação da norma-regra invalidatória. Afinal, os direitos fundamentais são um interesse social<sup>366</sup> ou um interesse público<sup>367</sup>.

Essa compreensão se reforça quando se analisa que o Estado não é titular de interesses públicos ou sociais, mas mero guardião e realizador, pois “embora o

---

<sup>362</sup> O conceito de interesse público, por si, é tormentoso (Ver a respeito: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Lumen Juris, 2005). De qualquer forma, o interesse público primário são interesses que representam os fins que ao Estado cumpre realizar, como sendo pertinentes a toda a sociedade. Interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público, em uma relação jurídica concreta em que se defende o erário, na resistência ao pagamento de uma indenização, e jamais desfrutaria de supremacia (ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milão: 1960).

<sup>363</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 710.

<sup>364</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 706-707.

<sup>365</sup> FERRARI, op. cit., p. 314. No Direito Português, referindo exemplos: MEDEIROS, op. cit.

<sup>366</sup> FERRARI, op. cit., p. 316. Assim também MEDEIROS, op. cit., p. 710.

<sup>367</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 710-711.



vocábulo 'público' seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão interesse público, ele se refere aos benefícios da atividade administrativa e não aos entes que a exercem”<sup>368</sup>.

Seria inconstitucional uma interpretação que permitisse a proteção e a promoção de interesses puramente estatais, via a cláusula de excepcional interesse social. Em primeiro lugar, porque já se referiu que somente as normas de direito fundamental têm aptidão para a co-incidência sobre os atos inconstitucionais. Assim, o excepcional interesse social somente pode representar interesse diverso do estatal. Em segundo lugar, se se admitisse tal interpretação, o próprio autor da inconstitucionalidade poderia invocar, a seu favor, em seu benefício, a manutenção de efeitos propositadamente gerados, enfraquecendo a garantia da Constituição e tornando-a sem sentido para o legislador<sup>369</sup>.

Em terceiro lugar, há um “princípio geral de Direito” de que ninguém pode invocar ao seu favor o próprio erro ou a própria torpeza (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)<sup>370</sup>. Tal “princípio geral de Direito” pode ser inferido indutivamente a partir das normas materiais e processuais do Direito Pátrio que vedam a invocação do vício a ser sancionado, se isso ocorrer em benefício da parte que lhe gerou: a) No Direito do Trabalho, aquele que der causa à nulidade não poderá invocá-la ao seu favor e, se o fizer, ela não será decretada.<sup>371</sup> ; b) no Direito

<sup>368</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2000.p. 163.

<sup>369</sup> É sempre neste sentido o voto divergente e insistente do Min. Marco Aurélio, por exemplo, no RE 559.943/RS (p. 2234 e 2235) e na ADIN 3.458/GO, p. 378, verbis: “Tenho o cuidado muito grande quanto à fixação de um novo termo inicial para vigência do pronunciamento do Supremo, por pensar que, toda vez que flexibilizamos nesse campo, salvando durante certo período [...] o diploma legal, estimulamos as assembleias a elaborar leis que não guardam harmonia com a Constituição Federal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 559.943**. Relator: Ministra Carmen Lucia. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2008g; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3458/GO**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 21 de fevereiro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2008h).

<sup>370</sup> O Superior Tribunal de Justiça reconhece tal princípio geral de direito: “Direito civil e processual civil. Execução de alimentos. Acordo não homologado. Incúria do devedor. Nulidade. Impossibilidade. Alegação por quem a deu causa. A ausência de homologação judicial do acordo não retira ao documento o caráter de título executivo (art. 585, inc. II do CPC). - A invocação de nulidade da execução à qual o devedor deu causa ao não homologar o acordo de alimentos, não pode ter a anuência do Poder Judiciário, porque a ninguém é dado se beneficiar de sua própria torpeza (art. 243 do CPC). - Adentra a senda da má-fé, o devedor de alimentos ao empregar ardis e artifícios de cunho técnico-processual com o objetivo de se esquivar de execução por meio de subterfúgios que ladeiam ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 600, II do CPC). Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 593.714**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2008i).

<sup>371</sup> “Art. 796 - A nulidade não será pronunciada: [...] b) quando argüida por quem lhe tiver dado causa.” (CLT, 1943).

Processual Penal há previsão expressa a respeito da impossibilidade de a parte que gerou o vício invocá-lo em seu favor<sup>372</sup>, aplicável primordialmente em relação ao acusador; c) no Direito Processual Civil o art. 243 do Código de Processo Civil também proscreve a invocação da nulidade de formas em favor da parte que lhe tiver dado azo<sup>373</sup>.

Assim, se o Estado-legislador pudesse beneficiar-se da inconstitucionalidade que ele próprio gerou, invocando interesses seus, estruturais, as normas constitucionais não lhe seriam vinculantes e a Constituição sequer serviria de garantia contra o Poder. É exatamente por isso que, embora possa argüir a inconstitucionalidade – e deve fazê-lo – o ente público não pode beneficiar-se da restrição dos efeitos da sanção de invalidação, ou seja, não pode invocar a cláusula do excepcional interesse social como justificadora do afastamento da norma-regra.

Não se olvide que um ato normativo é sempre uma proposta de interpretação da Constituição, promovida pelo Estado e que pode, ou não, ser legítima. Isso não impede, porém, que indiretamente o Estado seja beneficiado com a modulação dos efeitos temporais da sanção, quando, por exemplo, os efeitos do ato inconstitucional tenham se estabilizado objetivamente. Mas aí não é o interesse do Estado, mas a segurança jurídica em sentido objetivo, como norma de direito fundamental atribuída, que é promovida.

Finalmente, é preciso aclarar que se exige uma fundamentação especial e reforçada para a invocação do excepcional interesse social como fundamento para a restrição dos efeitos temporais<sup>374</sup>. Esse especial dever, talvez justifique a parcimônia que tem orientado o STF na invocação do excepcional interesse social como fundamento para a superação da regra da invalidação *ex tunc*. Textualmente, apenas na ADIN 2.501-5/MG<sup>375</sup>, o Relator, Min. Joaquim Barbosa, invocou-o como causa para modulação:

Acolhendo o pedido formulado pelo Exmo Senhor Procurador-Geral da República, e tendo em vista o excepcional interesse social e as conseqüências da eficácia *ex tunc* da presente decisão declaratória de

<sup>372</sup> “Art. 565 - Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. (CPC, 1942).

<sup>373</sup> “Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.” (CPC, 1972).

<sup>374</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 710.

<sup>375</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.501**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de novembro de 2008. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 20 jan. 2008j.

inconstitucionalidade, uma vez que milhares de estudantes freqüentaram cursos oferecidos pelas instituições superiores (criadas pelo Estado, mas mantidas pela iniciativa privada), voto no sentido de modular os efeitos da decisão [...] a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões, etc) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data.

Ora, nesse caso se tutelou não apenas a confiança dos estudantes das universidades, cujos cursos foram inconstitucionalmente criados com base em Lei Estadual, mas também a consideração de que os atos inconstitucionais concretizaram o direito à educação (dos estudantes), devidamente formados e colocados no mercado de trabalho, o que não pode ser apagado ou desfeito. Daí que o excepcional interesse social é interesse dos próprios titulares dos direitos fundamentais que, no caso, seria o direito fundamental social à educação.

Em outros casos, houve modulação dos efeitos da sanção em razão da proteção ao devido processo jurídico, ao direito de acesso ao Poder Judiciário, que, por serem normas de direito fundamental, foram tuteladas pela restrição dos efeitos da sanção de invalidade, como se verá na Parte IV.

## PARTE IV - UMA PROPOSTA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA INVALIDAÇÃO COMO TÉCNICA DE SUPERAÇÃO DA REGRA DA INVALIDIDADE *EX TUNC* DO ATO INCONSTITUCIONAL

### CAPITULO 1 - SUPERANDO A REGRA DA INVALIDAÇÃO *EX TUNC* DO ATO INCONSTITUCIONAL – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não se pode, em nome desta nova realidade que questiona a dogmática tradicional dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, simplesmente abandonar a estrutura normativa dos efeitos retroativos da sanção de invalidade do ato inconstitucional<sup>376</sup> importando fórmulas mágicas ou teóricas que flexibilizam a normatividade da Constituição.

Se doutrina e jurisprudência sustentam que a invalidação com efeitos retroativos é a regra<sup>377</sup>, é porque, como se viu, se trata de norma-regra estrutural. Há prévia determinação sobre os efeitos da sanção à inconstitucionalidade. Deve-se aplicá-la como norma-regra, quando for o caso, ou estruturar juridicamente a sua não-aplicação ou aplicação restringida, em função da preponderância de outras normas constitucionais.

Além disso, é relevante considerar os precedentes do Supremo Tribunal Federal como justificadores do caráter de norma-regra da sanção de inconstitucionalidade, pois eles afirmaram a eficácia retroativa da sanção de inconstitucionalidade, enquanto nulidade *ob origine*, sob a ótica da Constituição da República, ao longo de mais de 100 anos de controle de constitucionalidade.

Não é necessário romper com a tradição, introduzindo uma nova linha de pensamento. Contudo, é preciso recompreendê-la à luz da racionalidade e, principalmente, do significado prático para a Teoria do Direito<sup>378</sup>. Portanto, a

---

<sup>376</sup> Para dar um exemplo semelhante, valem as lições de Maccormick (2008, op. cit., capítulos 1 e 4). O autor demonstra como, apesar da concepção do Direito, atualmente, como uma forma de discurso racional, argumentativo, não se pode deixar de recorrer às formas tão criticadas (por serem demasiado formalistas), mas tradicionais e importantes, como o deducionismo e o silogismo clássico.

<sup>377</sup> “Portanto o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240-7**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2008k). Voto do Min. Gilmar Mendes (p. 329 do acórdão).

<sup>378</sup> As lições de posição perante os problemas históricos e filosóficos, em que é preciso analisar o problema em si mesmo, sem desconsiderar o passado, mas submetê-lo ao tribunal da razão (p. 360-380), é plenamente aplicável às teorias sobre modulação de efeitos: “Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza de hábitos de pensar

preservação da força justificatória dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo, preliminarmente, a eficácia *ex tunc* à invalidação não deve ser, simplesmente, desconsiderada.

Em primeiro lugar, casos iguais (reconhecimento da inconstitucionalidade dos atos normativo) devem, ao menos *prima facie*, terem resultados iguais<sup>379</sup> (invalidação com eficácia *ex tunc*), pois a justiça formal é pressuposto para o Estado de Democrático de Direito<sup>380</sup>. Assim, se, a cada caso, o resultado jurídico da violação de uma norma constitucional dependesse unicamente das possibilidades argumentativas dos intérpretes, sem consideração dos casos anteriores, já julgados, não teríamos assegurado o respeito à justiça formal.

Em segundo lugar, a aplicação do entendimento fixado nos precedentes – que nada mais é do que decorrência da incidência da norma-sanção, produz a previsibilidade das decisões judiciais, tanto para o cidadão quanto para os Tribunais, a respeito do que esperar diante de uma situação de inconstitucionalidade.

A construção de uma alternativa diferente à do precedente envolve, para quem não o pretende aplicar, um esforço argumentativo de superação das razões definitivas e, evidentemente, tal esforço deve estar justificado por quem o alega. Se a majoritária doutrina do Supremo Tribunal aplica a norma-sanção do ato inconstitucional *ex tunc*, qualquer alteração desse entendimento não se pode sustentar tão somente no mimetismo da doutrina e de exemplos estrangeiros. Ensina Maccormick<sup>381</sup>:

Para que haja razão suficiente que justifique não seguir um precedente, seria necessário mostrar que a nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria conseqüências preferíveis àquelas que seria geradas pela adoção do(s) precedente(s) em questão.

---

imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas” [...] (p. 355, nº de margem 271). Entretanto, “Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. [...] Em princípio quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que ele lhe diga alguma coisa (p. 358, nº de margem 273 e 274) (GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meures. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 354-405).

<sup>379</sup> MACCORMICK, 2008, op. cit., p. 191.

<sup>380</sup> Conforme Maccormick (2008, op. cit., p. 191): “Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro.”

<sup>381</sup> MACCORMICK, 2008, op. cit., p. 199.

Além disso, a obediência às normas-regras estabelecidas decorre do prestígio à autoridade ponente (à normativa das normas constitucionais) e da necessidade de realização do próprio Estado de Direito Constitucional. As regras funcionam como instrumento para afastar incertezas diante de possíveis argumentações morais ou políticas, à medida que pré-decidem os meios de exercer um poder<sup>382</sup> e, especialmente no caso das regras constitucionais, elas limitam o exercício do poder político, no qual se insere o poder normativo. Logo, o fato de que a Constituição seja, atualmente, não apenas limite ao Poder Público, mas também imperativo para realização de fins não autoriza abandonar o seu caráter de garantia.

As regras jurídicas se destinam a eliminar ou a reduzir a arbitrariedade dos julgadores ao aplicar conceitos fluídos, valores constitucionais, o que é fundamental num Estado de Direito, ainda que se admite o seu caráter discursivo. E, tudo isso, se espera nos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Portanto, procedimentalizar a forma de aplicação da sanção de invalidade ao ato inconstitucional (como regra jurídica) e da restrição e/ou superação dela, reduz o apelo às intuições e aos preconceitos inconscientes dos intérpretes, além de tornar interpessoais e universalizáveis decisões jurídicas de restrição dos efeitos da sanção de inconstitucionalidade.

Finalmente, as regras jurídicas ofereçam um grau de resistência à sua não-aplicação, isto é, um grau de resistência para serem superadas<sup>383</sup> diante de certos e determinados casos. Note-se bem que superabilidade não significa sua vulnerabilidade, quanto à obrigatoriedade do seu conteúdo de dever-ser, em relação a outras razões que poderiam regular a questão. O enfraquecimento do caráter definitivo da regra – com a possibilidade de sua superação, não a torna deontologicamente igual aos princípios<sup>384</sup>.

Em outras palavras, a superação da regra da eficácia retroativa da sanção de invalidade **é excepcional e não ordinária** e, a quem invoca tal excepcionalidade cumpre demonstrá-la, comprovando como superar, pontual e especificamente a norma-regra da invalidação *ex tunc*.

---

<sup>382</sup> ÁVILA, 2008, op. cit., p. 113.

<sup>383</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**. New York: Claredon Univestiy Press, 2002. p. 119-120.

<sup>384</sup> ALEXY, 2008a, op.cit., p. 105.

No mesmo sentido, a aplicação das regras não envolve apenas o juízo de mera subsunção, mas a sua aplicação exige uma avaliação entre os fatos concretos, a hipótese normativa e o valor jurídico subjacente. Ainda que não explicitamente, portanto, a subsunção da norma-regra envolve conexões axiológicas, o que permite que, na aplicação da sanção à inconstitucionalidade, algumas razões jurídicas (princípios e regras) possam ser admitidas para restringir ou alterar o resultado da decisão.

## CAPÍTULO 2 - REQUISITOS FORMAIS E PROCEDIMENTAIS PARA A SUPERAÇÃO DA REGRA DE INVALIDAÇÃO *EX TUNC*

A possibilidade de afastamento da eficácia ordinária da invalidade *ex tunc* envolve a observância de certo procedimento, segundo se denota da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, ainda, das normas pertinentes ao controle de constitucionalidade. Portanto, os requisitos formais aqui propostos levam em conta a Constituição, a Legislação e os precedentes do Supremo Tribunal Federal que indicam, em primeiro lugar, o procedimento para a superação da norma-regra da invalidação.

É importante frisar tais requisitos são válidos tanto para o controle difuso ou concreto<sup>385</sup> como em controle abstrato ou concentrado<sup>386</sup>, pois a superação da regra de invalidade *ex tunc* não está fundada na espécie de controle, mas na proteção dos direitos fundamentais e na promoção do postulado da supremacia da Constituição.

### 2.1 Quórum de votação de 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 preleciona 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.

Portanto, o quórum de deliberação é de maioria de dois terços dos seus membros, isto é, de 08 dos 11 Ministros do C. Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 101 da Constituição da República que assim define. Segundo SARMENTO<sup>387</sup> a exigência de um quórum qualificado impede uma possível banalização das decisões prospectivas no controle de constitucionalidade.

---

<sup>385</sup> De origem americana, introduzido no Brasil a partir da Constituição de 1891, marcado pelas seguintes características: a) a inconstitucionalidade é questão prejudicial ao mérito (incidental), na defesa de direitos subjetivos; b) os efeitos subjetivos da decisão são *inter partes*.

<sup>386</sup> De origem austríaca, introduzido no Brasil, como representação de inconstitucionalidade pela Emenda 15/69 à CF/1967, com as seguintes características: a) a inconstitucionalidade é o objeto da ação, dos pedidos, na defesa da ordem jurídica; b) os efeitos subjetivos são *erga omnes*.

<sup>387</sup> SARMENTO, 2002, op. cit..



Esse requisito procedimental vem sendo observado pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADIN 3.522-3/RS, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional os incisos I, II, III e X do art. 16 e do inciso I do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 11.183/98 do Estado do Rio Grande do Sul. Os incisos e artigos previam critérios de desempate em concurso público para notários que ofendiam a igualdade<sup>388</sup> e a isonomia, na medida em que sobrevalorizavam o exercício anterior, pelo candidato, de uma atividade notarial<sup>389</sup>

Embora, à unanimidade, tenha-se reconhecido como inconstitucionais tais normas, ao ser proposta, pelo Min. Gilmar Mendes, a modulação dos efeitos temporais da sanção, esta não foi admitida. Como havia apenas 07 votos a favor da proposta *ex nunc* e 04 contra, não se atingiu o quórum para a modulação dos efeitos, previsto no art. 27 da Lei 9.868/99.

## 2.2 Juízo de inconstitucionalidade de norma pós-constitucional

Segundo a jurisprudência **dominante** do Supremo Tribunal Federal, apenas quando se tratar de juízos de inconstitucionalidade, em decorrência de ação estatal, verificado a partir de atos normativos pós-constitucionais, comparados com a Constituição em vigor, será admissível a modulação dos efeitos da sanção, com base no art. 27 da Lei 9.868/99. Não se admite, portanto, nas hipóteses de declaração de inexistência ou de declaração de não-recepção de normas pré-constitucionais.

É verdade que o art. 11 da Lei nº 9.882/99, que regula a arguição de descumprimento de preceito fundamental, admite a modulação dos efeitos no julgamento da arguição e que o art. 1º, parágrafo único, inciso I, admite a arguição seja pleiteada com base em normas pré-constitucionais. Todavia, algumas razões

---

<sup>388</sup> Segundo o Ministro Carlos Aires Brito, no voto do acórdão: “[...] o fato é que os notários que ocuparam anteriormente esse cargo levaram uma dupla vantagem no edital do concurso para provimento do cargo de notário. Primeiro, porque a titularidade mais antiga no cargo de notário, a titularização, já serve como critério de desempate. Critério que até me parece contrário ao da Constituição, a qual, pelo menos em matéria eletiva, cargo majoritário, erige como critério de desempate a idade cronológica, não o tempo de ocupação do cargo. Segundo, é essa pontuação até três vezes superior à dos outros candidatos – os outros até dez ponto, e notário até trinta ponto. [...] Parece-me [...] que o princípio da isonomia está sendo fragilizado; senão de todo nulificado, está sendo golpeado com esses critérios de hipervalorização da atividade notarial anterior.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.522/01**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 20 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 jan. 2008).

<sup>389</sup> Id. Ibid. Voto do Min. Carlos Aires Brito. fl. 201.

indicam pela impossibilidade de modulação de efeitos temporais em sanções de não-recepção da legislação anterior à Constituição Federal de 1988 e, ainda, quando não houver declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Em primeiro lugar, o Supremo Tribunal Federal vem assinalando negativamente com a possibilidade formal de modulação de efeitos na hipótese de juízo de recepção de norma pré-constitucional. Assim se infere do julgamento do Agravo Regimental no RE nº 395.902, Relator Min. Celso de Mello, que ressaltou descaber qualquer ilação sobre a manipulação da eficácia temporal da decisão quando se tratar de juízo de mera recepção ou não de norma pré-constitucional:

**A razão desse entendimento**, Senhores Ministros, **apóia-se** no fato de que a modulação temporal **supõe**, para incidir, **a necessária existência** de um juízo de inconstitucionalidade, **inocorrente** no caso, **por se cuidar de** de ato **pré-constitucional** (**anterior**, portanto, à promulgação **da vigente** Constituição) **e que deixou de ser recepcionado** pela nova Carta Política, **por ser, com esta, materialmente** incompatível. (grifo do autor).

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal não impõe a cláusula da reserva de plenário (art. 97 da CRFB/88) para hipóteses de juízos de revogação da lei pré-constitucional, isto é, juízos de não-recepção. Isso indica que se trata de simples juízo de revogação da norma pré-constitucional, para o qual não há possibilidade de modulação de efeitos, porque não existe, a rigor, incidência de norma-sanção, mas conflito de normas. Esse é o espírito da recém editada Súmula Vinculante nº 10<sup>390</sup>, mormente nos seus debates, bem retrata essa realidade. Portanto, não há aceitação da “*modulação de efeitos*”, quando não houver, propriamente, juízo de inconstitucionalidade calcado na própria Constituição de 1988.

No mesmo sentido, declarações de constitucionalidade de leis ou de atos normativos, **em regra** (grifo nosso), não geram pretensão a qualquer tipo de modulação de efeitos. Um primeiro exemplo está no julgamento da 2ª Questão de Ordem no RE nº 353.657-7/PR, discutiam os ministros do Plenário do STF, por provocação do Min. Ricardo Lewandowski, a “modulação dos efeitos na decisão sobre constitucionalidade do direito à compensação dos créditos de IPI decorrentes

<sup>390</sup> “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 jan. 2008m).

de aquisição de matéria-prima cuja entrada era isenta, não-tributada ou sujeita à alíquota zero”. A questão de ordem suscitada propunha eficácia prospectiva na hipótese de confirmar-se a impossibilidade de tal creditamento, ou seja, de firmar-se a constitucionalidade da interpretação do Fisco Nacional quanto à restrição ao princípio da não-cumulatividade tributária.

Embora não se cuide apenas de hipótese de modulação dos efeitos da sanção à inconstitucionalidade, porque a discussão envolvia também mudança de entendimento jurisprudencial, os Ministros expuseram sua orientação sobre a aplicação e o alcance do art. 27 da Lei nº 9.868/99. O voto do Min. Eros Roberto Grau<sup>391</sup> indica a orientação majoritária do C. STF, ao comentar a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/99:

O preceito respeita à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo [...]. Cuida dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade. Repito: inconstitucionalidade. O preceito visa a minimizar eventuais efeitos perniciosos decorrentes da retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Declarações de constitucionalidade não geram efeitos perniciosos ao operarem retroativamente. [...] Declaração judiciais de constitucionalidade de qualquer porção do ordenamento apenas o confirmam, positivamente. Não se modulam declarações de constitucionalidade de leis ou atos normativos --- toda a gente sabe disso.

Igual orientação, no mesmo processo, é dada pelo voto do Ministro Marco Aurélio<sup>392</sup>:

O preceito é explícito ao versar a eficácia de decisão constitutiva negativa. A incidência pressupõe haja o Tribunal atuado, em primeiro passo, como legislador negativo. A incidência reclama declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

E, finalmente, a lição do Ministro Carlos Brito, na mesma linha:

É compreensível que a prospectividade ou a modulação de efeitos para o futuro pressupunha um julgamento pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo [...] porque, nesses processos, o Supremo Tribunal Federal procede a uma retirada do ato declarado inconstitucional.<sup>393</sup>

<sup>391</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 370.682/SC**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 jan. 2008n. Voto do Min. Eros Roberto Grau. (p. 535-536).

<sup>392</sup> Id. Ibid. Voto do Min. Marco Aurélio. p. 512-513.

<sup>393</sup> Id. Ibid. Voto do Min. Carlos Aires Britto. p. 555.

Um segundo exemplo é o julgamento dos Embargos de Declaração nº 1040-9, Tribunal Pleno, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2006. O STF considerou inadmissível a modulação dos efeitos da sanção invalidatória quando julgada improcedente ADI.

A ADI nº 1.040 havia sido julgada improcedente, declarando a constitucionalidade da exigência de dois anos de bacharelado em direito para a inscrição no concurso para Procurador da República prevista no art. 187 da Lei Complementar 75/93. Então, o Procurador Geral da República interpôs embargos declaratórios aduzindo que haveria inúmeros candidatos concursados, amparados por decisões judiciais, exercendo as funções junto ao Ministério Público Federal, que seriam desastrosamente atingidos pela decisão do STF, visto que não dispunham de tal requisito, à data do concurso. Por isso, postulou a aplicação da decisão de constitucionalidade apenas para os concursos vindouros.

A Min. Ellen Gracie votou pelo desprovimento dos embargos, tendo em vista que “A pretensão envolve completa inversão na presunção de constitucionalidade das leis, dogma fundamental de nosso ordenamento jurídico”<sup>394</sup>. Além disso, eventuais efeitos nos casos fronteiros (concretos) devem ser resolvidos no controle subjetivo, isto é, no caso concreto ou mesmo administrativamente. O Min. Gilmar Mendes destacou que apesar de admitir a discussão em embargos de declaração, “não há sequer cogitar tal discussão, porque estamos diante de um juízo claro de improcedência, e o Tribunal nem sequer concedeu liminar no período”<sup>395</sup>.

Logo, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que é inviável manipular os efeitos da invalidade em decisão de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Pressupuseram, então, que apenas as decisões sancionatórias são passíveis de suscitar os problemas de modulação de efeitos temporais. Se uma norma é considerada constitucional é porque se confirma a validade da interpretação conferida pelo Legislador Ordinária<sup>396</sup> ou pelo ato normativo proferido pelo Órgão Administrativo.

Em suma, hipóteses em que haja simples juízo de não-recepção da norma pré-constitucional ou, ainda, juízo de confirmação da constitucionalidade de lei ou

---

<sup>394</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040**. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 31 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2008o. Voto da Min. Ellen Gracie. p. 235.

<sup>395</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Gilmar Mendes j. 31/05/2006. p. 238.

<sup>396</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 91-95.

ato normativo não geram pretensão à restrição dos efeitos temporais da invalidade.

Trata-se de requisito logicamente implicado na idéia de modulação porque, afora a declaração de inconstitucionalidade, não há necessidade de desfazimento pretérito da eficácia jurídica e fática da norma inconstitucional e, assim, não há como se modularem os efeitos temporais. Não há como uma norma – editada com presunção de constitucionalidade – vir a ser apenas constitucional a partir da decisão do STF – seja de improcedência da ADIN, seja de procedência da ADC. Ela é constitucional desde a sua promulgação e, assim, a norma constitucional parâmetro nunca foi violada.

### **2.3 (Im)possibilidade de acolhimento do pedido de modulação dos efeitos da sanção de invalidade apenas apresentadas no recurso de embargos de declaração**

Conquanto a modulação dos efeitos temporais da invalidade seja imposição constitucional, pois é a técnica que garante a promoção da supremacia da Constituição, ela não pode ocorrer fora das diretrizes constitucionais, principalmente pela observância do devido processo legal<sup>397</sup>.

Se, por um lado, muitos entendem ser possível a modulação dos efeitos da norma-sanção de invalidade em recurso de embargos de declaração<sup>398</sup>, por outro não se pode olvidar que, ainda que dotado de peculiaridades, o controle de constitucionalidade é um processo judicial.

Em favor da admissibilidade da limitação dos efeitos, em sede de embargos de declaração, manifesta-se Medeiros<sup>399</sup>:

O puro silêncio do Tribunal Constitucional não contém um julgamento implícito sobre a admissibilidade ou não da limitação dos efeitos da declaração. Como escreve Miguel Galvão Teles, quando os juízes constitucionais não limita os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não estão de forma alguma a fixar implicitamente os efeitos da inconstitucionalidade. Tais efeitos resultam tão só e unicamente da Constituição. [...].

É certo que, se a questão fosse equacionada nos estritos quadros da teoria

<sup>397</sup> “Art. 5º – [...]. LV aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988).

<sup>398</sup> MENDES, 2007, op. cit. E, ainda, as manifestações do eminente Ministro nos julgamentos do C. Supremo Tribunal Federal.

<sup>399</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 738-73.

processual civil sobre o caso julgado, o chamado efeito preclusivo da sentença e, mais concretamente, a regra de que o caso julgado cobre o deduzido e o dedutível poderiam eventualmente pôr em causa uma tal conclusão.

Mas, em face da singularidade do processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade, o que importa é sublinhar que não se vislumbram quaisquer razões jurídico-constitucionais imperiosas que imponham a rejeição da possibilidade de, em momento ulterior à declaração de inconstitucionalidade, se reconhecer a existência de fundamento para uma limitação do alcance da declaração de inconstitucionalidade. Pelo contrário, perante a verificação a posteriori de que uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória envolveria um sacrifício intolerável de outros interesses constitucionalmente protegidos, manda o princípio da proporcionalidade que se admita a superveniente limitação de efeitos.

Portanto, para o autor, as regras de processo civil não se aplicam em face da singularidade do controle abstrato e, ainda, não se vislumbram razões constitucionais a impedir a modulação de efeitos em embargos de declaração.

Inicialmente, é difícil – senão impossível – argumentar contra as “peculiaridades” do processo de controle abstrato, quando não são esclarecidas “quais” peculiaridades autorizam afastar as regras do processo com matriz constitucional. Apesar da natureza de processo de índole objetiva (no caso do controle abstrato de constitucionalidade), há, ainda, um processo judicial, com interessados, realizando um procedimento dialético de argumentos e contra-argumentos, que necessita obedecer a regras. E, como se sabe, há uma tendência cada vez maior em admitir-se o intercâmbio entre o processo abstrato e concreto (veja-se o fenômeno da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade).

Entende-se, pois, ao contrário do que defende parcela da doutrina, que:

as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma de realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas<sup>400</sup>.

Portanto, mesmo no controle objetivo é possível aplicarem-se as exigências constitucionais processuais dos processos em geral. Além disso, no estágio atual do Direito, em que as normas constitucionais reclamam o confronto com outras normas colidentes para definir o seu conteúdo normativo, principalmente os princípios, não se podem simplesmente afastar as regras do processo, constitucionalmente

---

<sup>400</sup> MENDES JR apud MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 23.

fixadas<sup>401</sup>. Elas devem ser incorporadas e aceitas, para garantir o acerto e a racionalidade nas decisões judiciais, seja em matéria ordinária, seja em matéria constitucional.

Em segundo lugar, há razões constitucionais que militam contra a indiscriminada possibilidade de modulação de efeitos da sanção de invalidade *ex tunc*, mediante o recurso de embargos de declaração. Embora haja precedentes em sentido contrário, a análise da prática do STF, demonstra, majoritariamente, a impossibilidade de tal procedimento.

No julgamento da ADI nº 1.498-6 declarou-se a inconstitucionalidade do art. 9º Lei nº 9.880/93, com redação dada pela Lei nº 10.544/95, ambos do Estado do Rio Grande do Sul, que privatizou os cartórios judiciais, contrariando o modelo fixado no art. 21 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Em embargos de declaração na ADI, pretendeu-se modular os efeitos da invalidade para fixá-lo *ex nunc* “tendo em vista os problemas que poderão advir da decisão para a administração da Justiça, bem como os custos da re-estatização os cartórios judiciais privatizados na vigência da Lei nº 10.544/95.”<sup>402</sup>.

O Relator Min. Ilmar Galvão, votando pela limitação dos efeitos, considerou que a decisão aplicável com efeitos *ex tunc* implicaria a re-estatização de próximo de 70 cartórios privatizados, determinando a necessidade de nomeação de mais de 400 servidores para a realização dos serviços prestados pelos funcionários das serventias privatizadas, os quais seriam demitidos.<sup>403</sup> O Min. Nelson Jobim reforçou os argumentos do Relator, pela modulação de efeitos<sup>404</sup>:

Veja bem, de duas, uma: se nós declaramos a inconstitucionalidade total, eles reverterem à situação pública sem concurso, então, não pode ser admitido. Se saem quatrocentos e setenta e seis, ele não pode abrir concurso, tendo em vista as regras da lei de responsabilidade fiscal e as regras segundo as quais tem que haver previsão orçamentária, previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias. [...] Seriam quatro anos de paralisação dos principais cartórios do Estado.

A divergência foi aberta pelo Min. Marco Aurélio que afastou tanto a existência de omissão no julgamento da ADIN, quanto a necessidade de modulação dos

<sup>401</sup> GUERRA FILHO, op. cit.

<sup>402</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na ADI nº 1.498-6**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Redator para acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de abril de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2008p. p. 368 do acórdão.

<sup>403</sup> Id., Ibid., Voto do Min. Ilmar Galvão. p. 369.

<sup>404</sup> Id., Ibid., Voto do Min. Nelson Jobim. pp. 373-374.

efeitos<sup>405</sup>:

A menos que sejam enquadrados quase todos os acórdãos proferidos por esta Corte como omissos, não se pode concluir pelo vício. A regra no tocante à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo vem sendo a de emprestar-se a eficácia desde o nascedouro, ou seja, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, invariavelmente [...] tem sido no sentido de fulminar a lei desde a vinda ao mundo jurídico.

Segundo o Min. Marco Aurélio, o art. 27 da Lei 9.868/99 é “preceito (que) encerra exceção<sup>406</sup>. Foi acompanhado pelo Min. Sepúlveda Pertence que considerou demasiada a possibilidade de análise do pedido de modulação em embargos de declaração: “O efeito normal continua a ser a inconstitucionalidade como nulidade *extunc*”<sup>407</sup>. Ao final, vencidos os Min. Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Correa, Ilmar Galvão e Nelson Jobim, foram rejeitados os embargos de declaração como meio para admitir a modulação dos efeitos.

Logo, o Supremo Tribunal Federal considerou que as regras ordinárias de Processo Civil, relativas aos provimentos jurisdicionais, sua eficácia e eventual omissão - como o são os acórdãos do STF – são aplicáveis plenamente ao controle concentrado de constitucionalidade, por seu Órgão Plenário. Para fins procedimentais, não há omissão no acórdão que não fixa os efeitos temporais da invalidade inconstitucional, tendo em vista que a ausência de determinação dos efeitos implica que a norma-sanção terá eficácia temporal ordinária, qual seja, *extunc*.

Um outro exemplo reforça tal entendimento.

No julgamento dos Embargos de Declaração na ADIN nº 2.728-0, por 07 votos a 03, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a proposta de atribuição de efeitos *extunc* à decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 2.749/2002 do Estado do Amazonas. A Lei disciplinava a forma de cálculo do valor adicionado para a apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal, invadindo campo reservado à Lei Complementar (161, inciso I da Constituição). O Governador do Estado do Amazonas aduziu – em embargos de declaração - a impossibilidade material de obrigar que 56 Municípios a devolverem a parcela de recursos que receberam a mais, em relação ao Município de Manaus,

---

<sup>405</sup> Id., Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio Mello. p. 381

<sup>406</sup> Id., Ibid., Voto do Min. Marco Aurélio Mello. p. 383.

<sup>407</sup> Id., Ibid., Voto do Min. Sepúlveda Pertence. p. 392.



implicando o agravamento da situação já combatida dos Municípios.

O Relator, Min. Marco Aurélio, asseverou que não há omissão, porque se visa, na verdade, a dirimir casos concretos dos Municípios do Estado do Amazonas. Por outro lado, o Min. Gilmar Mendes apresentou divergência, destacando que pode haver omissão no julgamento da ADIN, por falta de ponderação entre os princípios da nulidade e o princípio da segurança jurídica. O Ministro defendeu que a eficácia *ex tunc* da sanção traria sério problemas de recomposição desses valores pelos Municípios do interior do Estado do Amazonas. Por isso, dever-se-iam ser acolhidos os embargos de declaração, conferindo eficácia *ex nunc* ao julgado<sup>408</sup>. O Min. Gilmar Mendes, posteriormente, referiu que a admissão dos embargos seria mera provocação, realizada pela parte, para que o Tribunal cumpra o seu mister, calibrando o alcance da invalidade, até mesmo para evitar novas disputas judiciais entre os Municípios<sup>409</sup>.

A Min. Carmem Lúcia, em voto-vista, destacou que a inconstitucionalidade prevaleceu de 16 de setembro de 2002 até 28 de maio de 2003 e afirmou que:

Na regra que se aplica à inconstitucionalidade afirmada por este Supremo Tribunal, a declaração opera efeitos *ex tunc*. Nula a norma, os Municípios teriam de devolver o quantum recebido a maior durante o prazo de vigência da norma depois tida como inválida constitucionalmente.<sup>410</sup>

Segundo a Ministra, para a restrição dos efeitos invalidatórios, é indispensável que a parte interessada alegue tal matéria durante a sua manifestação pertinente (petição inicial ou resposta) no processo objetivo, o que não teria ocorrido no caso, não havendo que se falar em omissão formal do julgado, pois se não houve pedido explícito anteriormente, não haveria omissão a ser sanada com os Embargos apresentados. Entretanto:

A circunstância de a tanto não se ter aludido, tempestivamente, Autor ou Requerido, menos ainda comprovada aquela circunstância quando pendentes o julgamento da ação, não faz com que ela não ocorra de fato. Para tanto, contudo, há que se indagar se se dão a préstimo os embargos declaração.<sup>411</sup>

---

<sup>408</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2728/AM**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 30 jan. 2008q. Voto do Min. Gilmar Mendes. pp. 84-85 e 92- 93.

<sup>409</sup> Id. Ibid., Voto do Min. Gilmar Mendes. p. 101.

<sup>410</sup> Id. Ibid., Voto do Min. Carmem Lucia. pp. 87-88.

<sup>411</sup> Id., Ibid., Voto do Min. Carmem Lucia. p. 89.

Concluiu mencionado que não houve omissão na decisão, pois nenhum dado foi aventado ou trazido ao Tribunal, durante a discussão da ação direta, que impusesse o dever jurisdicional de manifestar-se quanto aos efeitos temporais da sanção à inconstitucionalidade. Concluindo, pontuou que as alegações quanto à modulação dos efeitos temporais da norma-sanção sujeitam-se ao princípio da eventualidade, típica regra de direito processual ordinário:

Entendo – fui advogada durante trinta anos – que, como advogada, quando propomos alguma ação, temos a obrigação profissional de averiguar, levantar para um juiz todas as conseqüências que são, neste caso, não impensáveis, incogitáveis e imponderáveis. [...] precisa pedir [...] se vier a ser declarada inconstitucional, que se admite apenas para argumentar – é até um jargão -, seja declarada com efeitos ex nunc. O próprio Estado confessa, nos embargos, que fez uma reunião para chegar a um consenso sobre como repassar ou refazer esses dados [...] Quer dizer, tentou-se pedir de volta e, como não se chegou a um consenso, entrou-se com embargos de declaração”.<sup>412</sup>

Por último, o Min. Sepúlveda Pertence, com magistral eloqüência, resumiu o entendimento dos Ministros, destacando as conseqüências jurídicas da admissão indiscriminada do pedido de modulação de efeitos em embargos declaratórios<sup>413</sup>:

[...] o que temo muito para o futuro deste Tribunal é o barateamento da modulação ou manipulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade. E, agora, criando, na pauta do Tribunal, mais um processo que serão os embargos de declaração. Não haverá declaração de inconstitucionalidade, salvo inépcia manifesta do advogado, no qual, depois do julgamento, não se venha alegar efeitos sociais e econômicos relevantes para que o Tribunal aponha a sua decisão uma modulação temporal de seus efeitos.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal afastou a existência de omissão no julgamento, quanto aos efeitos da invalidação. Em outro julgamento, assentou-se que o reconhecimento de eficácia prospectiva pressupõe a alegação nas manifestações da ADIN ou ADC, demonstrando as razões e os fatos pelos quais é imperiosa. Tais pedidos e alegações sujeitam-se ao princípio da eventualidade, ou seja, ou a parte alega antes da decisão ou não poderá realizar o pedido – depois que for reconhecida a inconstitucionalidade. O caso em questão é o recurso de embargos de declaração à ADIN 2.840-5, relatora Min. Ellen Gracie, proposto por Governador do Estado, ao entender que a lei inconstitucional teria previsto

<sup>412</sup> Id., Ibid. Voto da Min. Carmem Lucia. p 95.

<sup>413</sup> Id., Ibid., Voto do Min. Sepúlveda Pertence. p. 97.

atribuições aos Procuradores de Estado, como a participação em atos complexos de órgãos deliberativos, ou em atividades de assessoramento, o que deveria ser preservado mediante a modulação dos efeitos da sanção (superação da norma-regra).

Segundo a Relatora, como no julgamento da ADIN os requisitos da limitação dos efeitos não se evidenciaram pelos argumentos das partes, não haveria omissão no acórdão<sup>414</sup>. De fato, o precedente esclarece que as alegações que ensejam o pedido de modulação dos efeitos devem ser contemporâneas ao julgamento da inconstitucionalidade e não posteriores e, no caso concreto, “a petição inicial fora expressa no pedido de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*”.

Dessas decisões depreendem-se três razões pelas quais a modulação de efeitos temporais da invalidação *ex tunc* não deve ser admitida nos embargos de declaração, salvo manifesta omissão do Tribunal em analisar a questão já apresentadas na petição inicial do processo e discutida entre as partes previamente<sup>415</sup>.

**A primeira razão** decorre da reconhecida eficácia de norma-regra jurídica de sanção ao ato inconstitucional: eficácia *ex tunc*, segundo a qual “se a norma for inconstitucional, então deve ser invalidada, fática e juridicamente, desde a sua edição”. Há eficácia retroativa, portanto, salvo manifestação em sentido contrário do próprio Tribunal, superando a norma-regra.

A justificativa desse entendimento está tanto na estrutura normativa da regra, antes estudada, como na indispensável força persuasiva dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que tradicionalmente reconhecem a invalidade da norma inconstitucional, como *nulidade ex radice*. Realiza-se, com respeito aos precedentes do Supremo, a justiça formal, a igualdade na aplicação e na interpretação do Direito, que se espera realizar num Estado Democrático de Direito, tratando situações iguais de igual forma. Mais ainda, a estabilidade (segurança) intelectual e social da vida coletiva apenas existe se admitirmos uma “força coercitiva”, ou ao menos persuasiva para casos futuros, das deliberações anteriores emanadas do Supremo Tribunal

---

<sup>414</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucional 2.840-5**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2008r. Voto da Min. Ellen Gracie. p. 197.

<sup>415</sup> Tal hipótese é expressamente prevista no art. 535 do Código de Processo Civil, no caso de haver na decisão obscuridade ou contradição (inciso I) ou omissão (inciso II), aplicável ao controle de constitucionalidade nos termos do art. 26 da Lei nº 9.868/99.

Federal<sup>416</sup>.

Nisso se justifica a incoerência de omissão no julgamento que simplesmente decreta a inconstitucionalidade, sem especificar os efeitos temporais da decisão no controle de constitucionalidade. E, se assim é, se o Tribunal não se manifesta sobre os efeitos da invalidação, ele afirma a eficácia *ex tunc* da invalidade (eficácia da norma-regra). Portanto, torna-se inviável utilizar os embargos de declaração com o fito de alterar o entendimento da decisão de mérito, conforme, aliás, é consolidado entendimento da Corte Suprema<sup>417</sup>.

<sup>416</sup> Alexy (1989, op. cit., p. 170-171, item 7.6) reproduz o chamado “princípio da inércia”, construído por Perelman, segundo o qual uma idéia que haja sido aceita uma vez não pode ser rechaçada sem um motivo suficiente, pois não é razoável ou racional abandonar decisões anteriores, sem justificativa racional.

<sup>417</sup> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISSCUSSÃO DE FATOS E PROVAS. MATÉRIA DE MÉRITO JÁ APRECIADA. NOVO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AMBIGÜIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

**Tratando-se de embargos de declaração (como é o caso), e não infringentes, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a modificação do entendimento de mérito já exarado no acórdão embargado (AI 600506-AgR-ED, rel. min. Cezar Peluso; RE 207851-AgR-ED-ED-ED, rel. min. Gilmar Mendes; RE 416571-AgR-ED-ED, rel. min. Joaquim Barbosa; e MS 24527-ED, rel. min. Gilmar Mendes)** (grifo nosso). Inconformismo quanto à decisão unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal não enseja novo julgamento, não podendo os embargos de declaração ser usados para esse fim, mediante a rediscussão de toda a matéria de mérito já apreciada. [...] Embargos rejeitados, com a expedição de mandado de prisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Ação Originária nº 1047**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2008s).

RECURSO. Embargos de declaração. Caráter infringente. Matéria eleitoral. Decisão que não desrespeitou a autoridade do acórdão da ADPF nº 144. Reclamação indeferida liminarmente. Alegação de ressalva prevista no art. 1º, I, "g", da LC nº 64/90. Inexistência de vício na decisão embargada. Embargos rejeitados. São de rejeitar embargos declaratórios com manifesto caráter infringente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Reclamação 6453**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2008t).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535, II DO CPC. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO, COM A EXTINÇÃO DA RESPECTIVA CARREIRA, EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ART. 11 E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 10.549/2002. A pretexto de sanar omissão ou de corrigir premissas equivocadas, repisa a embargante questões exaustivamente analisadas pelo acórdão recorrido. Mero inconformismo diante das conclusões do julgado, contrárias às teses da embargante, não autoriza a reapreciação da matéria nesta fase recursal. Embargos rejeitados por inexistir omissão a ser suprida além do cunho infringente de que se revestem. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2713**. Relatora: Ministra: Ellen Gracie. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 20 mar.2008u).

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE DIRIMIU CONTROVÉRSIA SOBRE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDORES DO ESTADO DE SÃO PAULO (LEIS ESTADUAIS NºS 4.819/58 E 200/74). 1. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS RELACIONADOS NO ART. 535 DO CPC. 2. PRETENSÃO DE CARÁTER INFRINGENTE. 1. Não há obscuridade, contradição ou omissão no acórdão questionado. O que afasta a presença de qualquer dos pressupostos de embargabilidade, a teor do art. 535 do CPC. 2. A via recursal adotada não se mostra adequada para a renovação de julgamento que se efetivou regularmente. Embargos rejeitados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental 587430**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008v).

**A segunda razão** está relacionada com a insustentabilidade de uma norma jurídica de decisão que tente justificar a possibilidade de interposição de embargos de declaração em todos os casos julgados pelo STF ou por outro Tribunal, a fim de que se discuta a modulação dos efeitos da sanção. Pretende-se partir de uma premissa, que constituiria uma norma jurídica (é possível interpor embargos de declaração para se pedir a modulação de efeitos da sanção de inconstitucionalidade porque o fundamento do pedido é a aplicação de normas constitucionais), a qual, porém, não se sustenta validamente como premissa normativa, isto é, não constitui uma norma válida<sup>418</sup>.

Adotando lição de Maccormick, uma decisão jurídica, que implica uma norma para casos atuais e futuros, para ser racional e aceitável, deve ser: a) universalizável; b) consistente e coerente com as normas jurídicas do sistema e c) admissível do ponto de vista de suas conseqüências normativas<sup>419</sup>.

Deve ser universalizável porque precisa valer e vincular não apenas para aquele caso pontual em que é discutida, mas para todos os outros casos semelhantes, no futuro, que possam vir a surgir e sejam iguais nas características<sup>420</sup>. Trata-se de antiga regra kantiana de racionalidade nas deliberações práticas que, posteriormente, ganhou força com a filosofia moral de Hare e que também é apresentada como indispensável para a correção da argumentação jurídica segundo as regras procedimentais desenvolvidas por Alexy<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> Quer-se dizer, em outros termos, não há uma justificação externa da premissa normativa invocada, enquanto norma jurídica válida, como uma das premissas para a aplicação em um “silogismo jurídico” (ALEXY, 1989, op. cit., p. 214-272).

<sup>419</sup> Requisitos extraídos de Maccormick (2006, op. cit., capítulo V. p. 127-195). Um resumo deles encontra-se em Atienza (op. cit., p. 126-135).

<sup>420</sup> A igualdade de casos, na modulação de efeitos, para fins deste trabalho é tão somente o pedido de modulação de efeitos da sanção de invalidade, após uma decisão do Supremo Tribunal Federal, baseando-se o pedido em qualquer norma constitucional supostamente violada com a eficácia retroativa da sanção.

<sup>421</sup> Alexy (1989, op. cit., p. 79-82) descreve as lições da filosofia moral de HARE, acerca do que chama de princípio da universalidade, aplicável não apenas a proposições descritivas como prescritivas. Universalidade consiste, em linhas gerais, na necessidade (para a correção de uma juízo moral ou jurídico) de afirmar-se que se existe uma certa qualidade (a) em B e, se B=C, então (a) também está presente em C. Portanto, relaciona-se com a possibilidade de que uma decisão transcenda um caso específico e seja capaz de reger tantos casos semelhantes quanto surgirem. Não se tem um problema de concretude ou generalidade (grau da prescrição jurídica em relação a um grupo maior ou menor de pessoas sujeitas à decisão), mas uma diferença lógica. Além disso, a universalidade é condição necessária, mas não suficiente da racionalidade de um discurso, de uma fundamentação jurídica. Também Maccormick (2006, op. cit., p. 99-100) adota a posição de Hare, ao destacar que universal diferencia-se de geral.

Como decorrência desse caráter universal da norma de decisão, argumentações *ad hoc* ou *ad hominem* não devem ser admitidas<sup>422</sup> e, assim, admitir o cabimento de embargos de declaração sempre que houver um julgamento do STF, e não for expressa a decisão a respeito dos seus efeitos, então sempre caberá tal recurso em todas as decisões. Assim, não se pode ou admitir ou não admitir a modulação de efeitos em embargos de declaração com base na “cara do cliente do STF”, ou seja, na pessoa do embargante.

Além disso, uma decisão jurídica deve ser consistente, coesa, porque entre as duas decisões jurídicas possíveis no caso (cabem ou não cabem embargos de declaração), deve-se construir uma solução que não contradiga normas válidas<sup>423</sup>, estabelecida pela ordem jurídica, isto é, seja uma decisão jurídica consistente<sup>424</sup>.

Quanto ao requisito da consistência, vê-se que uma interpretação que queira admitir a interposição de embargos de declaração, com base na existência de omissão nos acórdãos do STF, contradiz uma norma jurídica (norma regra) estabelecida, qual seja, a norma-regra da sanção de invalidade com eficácia retroativa. Essa é a prática estabelecida e, se admitidos embargos de declaração aquela norma-regra é, simplesmente, não-aplicada ou desconsiderada pelo intérprete e aplicador.

Ademais, se a parte não houver alegado tudo o que lhe competia alegar, na petição da ADI, ADC ou no Recurso Extraordinário e, mesmo assim, inovando no pedido, trouxesse novas argumentações, estar-se-ia violando o princípio da eventualidade processual<sup>425</sup>, aplicável aos processos de jurisdição constitucional, segundo muito bem fundamentou a Min. Carmen Lúcia<sup>426</sup>. Portanto, mais uma norma jurídica válida estaria sendo contrariada, caso se admita a interposição de embargos de declaração para a manipulação dos efeitos temporais da invalidade.

---

<sup>422</sup> MACCORMICK, 2008, o. cit., p. 197.

<sup>423</sup> MACCORMICK, 2008, o. cit., p. 139-148.

<sup>424</sup> MACCORMICK, 2006, op. cit., 135 e Capítulo VIII.

<sup>425</sup> Art. 302 do Código de Processo Civil: “Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. [...]”

<sup>426</sup> “Entendo – fui advogada durante trinta anos – que, como advogada, quando propomos alguma ação, temos a obrigação profissional de averiguar, levantar para um juiz todas as conseqüências que são, neste caso, não impensáveis, incogitáveis e imponderáveis. [...] precisa pedir [...] se vier a ser declarada inconstitucional, que se admite apenas para argumentar – é até um jargão -, seja declarada com efeitos ex nunc. O próprio Estado confessa, nos embargos, que fez uma reunião para chegar a um consenso sobre como repassar ou refazer esses dados [...] Quer dizer, tentou-se pedir de volta e, como não se chegou a um consenso, entrou-se com embargos de declaração” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2728/AM**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 abr. 2008w.) Voto da Min. Carmen Lucia. p. 95.

Finalmente, será preciso considerar as conseqüências jurídicas decorrentes da aceitação indiscriminada dos embargos de declaração para modulação de efeitos da norma-sanção. Esse juízo consequencialista é essencialmente avaliatório das premissas normativas de uma solução jurídica. Deve-se considerar eventuais pretensões (demandas) que poderão decorrer de uma decisão X ou Y. Analisam-se implicações normativas de uma interpretação, “com a sua transformação em uma norma capaz de governar (reger) casos futuros”<sup>427</sup> e, a partir disso, analisam-se-lhe as conseqüências. Entretanto, não se trata de avaliar as conseqüências fáticas, causas, financeiras ou administrativas decorrentes da decisão. Numa interpretação da idéia de Maccormick, leciona Atienza<sup>428</sup>.

O que importa são, antes, as conseqüências no sentido das implicações lógicas. Mais do que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; em outras palavras, os argumentos consequencialistas são, em geral, hipotéticos, não probabilísticos.

Inicialmente, o parâmetro de avaliação destas conseqüências – se são admissíveis ou inadmissíveis - deve ser a promoção e a realização das normas constitucionais e infraconstitucionais, porque o Judiciário não pode deixar de aplicar uma norma válida por razões morais ou econômicas.

Assim, para analisar as conseqüências jurídicas da admissão de embargos de declaração para a modulação temporal dos efeitos da norma-sanção, parte-se do que seja o recurso de embargos de declaração: são recursos cabíveis quando houver omissão sob ponto que o juiz deveria se pronunciar, contradição, obscuridade no acórdão ou na sentença (art. 535 do Código de Processo Civil). Sendo assim, em termos consequencialistas-jurídicos, se for aceitável interpor embargos de declaração de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal que deliberem sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para se discutir a modulação de efeitos, então:

**a)** estar-se-á autorizando a conclusão de que todas as decisões do Supremo Tribunal Federal que se manifestarem pela inconstitucionalidade da Lei ou ato normativo serão omissas<sup>429</sup> e não definitivas, sob o ponto de vista processual

---

<sup>427</sup> MACCORMICK, 2008, op. cit., p. 150.

<sup>428</sup> ATIENZA, op. cit., p. 134.

<sup>429</sup> “A menos que sejam enquadrados quase todos os acórdãos proferidos por esta Corte como

(porque nunca se saberão os efeitos da decisão e porque sempre são cabíveis embargos de declaração para discuti-los);

**b)** poderá haver decisões que privem titulares de direitos fundamentais de bens ou direitos (a modulação, pode, por exemplo, impedir a repetição de indébitos no controles concretos de constitucionalidade), diante de uma restrição da eficácia da norma-regra-sanção de invalidade, sem que as partes prejudicadas tenham sido ouvidas ou tenham se manifestado a respeito, num processo justo e prévio, visto que os embargos de declaração, legalmente, não admitem o contraditório.

Quanto a esta última conseqüência (b), não se pode negar que uma norma que autorize a interposição de embargos de declaração em todas as decisões no controle de constitucionalidade poderá implicar, como conseqüência jurídica, uma violação ao direito fundamental ao devido processo legal.

A Constituição, para além de normas jurídicas (regras e princípios) compreende procedimentos de aplicação destas normas<sup>430</sup>. As normas (decisões) jurídicas não estão pré-dados na realidade, isto é, não são simplesmente “desvendadas” pela interpretação dos conceitos normativos. Elas são construídas a partir de regras e princípios, que são alegadas com pretensão de validade<sup>431</sup> para solucionar o problema prático, valendo-se do esforço argumentativa e racional para o convencimento do outro.

Nesse processo para a solução de casos (como para aplicação das exigências constitucionais de prospectividade ou de retroatividade dos efeitos da invalidade), há certos critérios (regras) que devem ser observados como condições

omissos, não se pode concluir pelo vício. A regra no tocante à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo vem sendo a de emprestar-se a eficácia desde o nascedouro, ou seja, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, invariavelmente [...] tem sido no sentido de fulminar a lei desde a vinda ao mundo jurídico.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na ADI nº 1.498-6**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Redator para acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de abril de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2008x). Voto Min. do Marco Aurélio Mello. p. 381.

<sup>430</sup> QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos fundamentais**. Teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 140-143.

<sup>431</sup> ATIENZA, op. cit., p. 159-163.

As idéias são exposição acerca do pensamento de Habermas. Esse autor, em primeiro lugar, reconstrói o conceito de verdade, de validade, a partir da idéia de consenso racional, intersubjetiváveis. Além disso, a concepção de “pretensão de validade” é típica da ação comunicativa que visa à regulação do comportamento alheio e que, ao ser problematizada pelo outro, sempre incluído no processo de comunicação, torna-se então discurso. Atos comunicativos informativos, por exemplo, têm pretensão de veracidade. O que importa do seu pensamento, afinal, é que nenhuma decisão correta – ainda que escudada nos melhores argumentos possíveis – poderá ser aceitável racionalmente se não houve a inclusão de um procedimento na sua construção e que, afinal, os participantes deste procedimento (discurso) possam se manifestar no seu desenvolvimento.



de possibilidade da própria realização desse processo<sup>432</sup>, embora não possam garantir, ao final, a correção do conteúdo do resultado. Entre os requisitos de qualquer argumentação sobre um problema prático estão a igualdade de direitos dos participantes, universalidade da decisão e a não coerção dos falantes (partícipes)<sup>433</sup>, os quais, se não podem ser realizados completamente, pelo menos devem ser promovidas maximamente.

Importante é que todos os partícipes do processo possam contribuir e se manifestar para a decisão antes que ela seja deliberada (grifo nosso), independentemente de saber se há uma única resposta adequada ao caso.

Em termos jurídicos essas exigências se traduzem na observância do devido processo jurídico como postulado normativo (meta-norma) aplicável à decisão no controle de constitucionalidade e à modulação de efeitos da norma-sanção. Segundo o Min. Gilmar Mendes, expedidos em voto no Mandado de Segurança nº 24.268-0/MG<sup>434</sup>, no qual foi relator: “[...] as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos.”

Assim, nenhuma decisão jurídica racional que implique alteração ou restrição a direitos poderá ser deliberada sem que os afetados ou interessados tenham se manifestado a respeito. E, por isso, os interessados ou as partes do processo objetivo ou subjetivo de controle de constitucionalidade deveriam ser ouvidas, antes da eventual superação da norma-regra invalidatória.

Os legitimados para a ADI e as partes no controle concreto de constitucionalidade têm interesse jurídico no julgamento do pedido com seus efeitos ordinários e litigam na expectativa disso. Dessa forma, ao não obterem a tutela jurisdicional esperada, previsível e ordinária, sem serem ouvidos a respeito da decisão de superação de norma-regra, pelo Tribunal, estão sendo afetados no seu

---

<sup>432</sup> Sobre a fundamentação pragmática universal das regras do discurso (da argumentação), ver Alexy (1989, op. cit., p. 305-306). Em suma, elas são necessárias e cogentes porque, em primeiro lugar, aquele que fundamenta e faz afirmações insere-se numa atividade argumentativa (discurso) e, em segundo lugar, a atividade de comunicação e de discurso são tipicamente humanas, de tal forma que aceitar as suas regras é reconhecer a própria condição humana e a sua racionalidade. Ao final do livro de Alexy as regras estão enumeradas nas páginas. 283-287.

<sup>433</sup> ALEXY apud ATIENZA, op. cit., p. 166-167.

<sup>434</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n 24.268-0/MG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 jun. 2008y. p. 168.

interesse e no seu direito.

Ora, se compreendemos o controle de constitucionalidade como um processo em que há argumentações de um lado e de outro para solucionar algum problema jurídico, então devemos aceitar a indispensabilidade do devido processo legal, vinculado estreitamente com uma justiça procedimental<sup>435</sup> da solução. Não há porque se reduzir teleologicamente a incidência da norma do devido processo legal.

Por outro lado, o recurso de embargos de declaração não admite o contraditório, a contra-argumentação. Assim, se fosse o caso de admitir-se a interposição do recurso para fins de se discutir a superação da norma-regra da invalidação *ex tunc*, inexoravelmente o procedimento de julgamento do recurso deve ser alterado, para se conformar às normas processuais da Constituição.

A norma do devido processo legal aliada à norma do direito ao contraditório, na sua dimensão de normas-princípios, terão eficácia interna direta<sup>436</sup> sobre a norma do procedimento de embargos de declaração, constituindo uma nova regra que imporá a ouvida da parte contrária, antes de se proferir a decisão pela superação ou não da norma-regra de invalidação.

Senão vejamos. Segundo Ávila, o princípio do devido processo jurídico<sup>437</sup>:

estabelece o dever de buscar um ideal de protetividade dos direitos em todos os procedimentos ou processos instituídos pelo Poder Público, mediante a criação de regras necessárias para garantir um processo ou procedimento adequado à defesa dos direitos [...] mesmo que não previstas expressamente pelo ordenamento jurídico.

Então, conquanto se venha a admitir a interposição do recurso de embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos temporais da norma-sanção, este recurso estará condicionado ao respeito ao devido processo legal e ao contraditório, mediante a oportunização – antes da decisão – de manifestação das partes a respeito da questão.

Tal solução é coerente com a Constituição e com a jurisprudência do

<sup>435</sup> QUEIROZ, op.c it., p. 142.

<sup>436</sup> Segundo Ávila (2008, op. cit., p. 97): “A eficácia direta traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de outro (sub-) princípio ou regra. [...] No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias – elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal.”

<sup>437</sup> ÁVILA, 2006, op. cit., p. 113.

Supremo Tribunal Federal que:

tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade [...] sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos<sup>438</sup>.

Portanto, em suma, é inaceitável, em termos das conseqüências jurídicas à luz da norma do devido processo legal, e para a norma-regra da eficácia *ex tunc* da sanção ao ato inconstitucional, a aceitação dos embargos de declaração com pedido de modulação de efeitos temporais. E, ainda que se possa ou se venha a admitir tal expediente (o que tornaria toda decisão do STF omissa e não definitiva em matéria de controle de constitucionalidade), deve-se condicioná-lo à observância do contraditório e do devido processo, mediante a oitiva dos partícipes com legitimidade para a defesa do ato e para a argüição da sua inconstitucionalidade.

**d)** finalmente, como conseqüência jurídica da admissão dos embargos de declaração em qualquer decisão, haveria mais uma fase processual no controle de constitucionalidade: um novo recurso ordinário na jurisdição constitucional, qual fosse, os embargos de declaração para fins de modulação de efeitos, conforme destacou o Min. Sepúlveda Pertence<sup>439</sup>.

Nesse caso, além da institucionalização da litigiosidade – pois será possível embargar todas as decisões do STF em controle de constitucionalidade, os reflexos na efetividade do processo e na sua razoável, que são direitos fundamentais (art. 5º, inciso LXXVIII da CFRB/88) serão incalculáveis. Sem dúvidas a jurisdição constitucional estará consagrando procedimento processual tendente a ampliar a duração dos litígios – e não a resolvê-los – o que não promove a norma da razoável duração do processo.

Finalmente, enfraquece-se a previsibilidade das decisões judiciais porque, afinal, a norma-regra da eficácia *ex tunc* não seria “norma-regra”, impossibilitando o

<sup>438</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n 24.268-0/MG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 jul. 2008z. Voto do Min. Celso de Mello cita RTJ 183/371-372.

<sup>439</sup> “O que temo muito para o futuro deste Tribunal é o barateamento da modulação ou manipulação da eficácia temporal das declarações de inconstitucionalidade. E, agora, criando, na pauta do Tribunal, mais um processo que serão os embargos de declaração. Não haverá declaração de inconstitucionalidade, salvo inépcia manifesta do advogado, no qual, depois do julgamento, não se venha alegar efeitos sociais e econômicos relevantes para que o Tribunal aponha a sua decisão uma modulação temporal de seus efeitos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2728/AM**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04 jan. 2009a).

conhecimento do resultado das decisões judiciais e os seus efeitos, até que houvesse decisão uma decisão, aí sim definitiva, em embargos de declaração.

Portanto, não é constitucionalmente válida uma interpretação que simplesmente admita a modulação dos efeitos temporais da norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional mediante a indiscriminada interposição de embargos de declaração. Essa interpretação contraria normas constitucionais válidas, como a própria norma-sanção de invalidade, a norma do devido processo legal e do contraditório, e produz conseqüências jurídicas inadmissíveis.

#### **2.4 Natureza jurídica das razões invocadas para a superação da norma-regra da eficácia retroativa da sanção de invalidade**

Uma última questão formal-procedimental que se coloca para a superação da norma-regra da retroatividade *ex tunc* da sanção de inconstitucionalidade é o seu fundamento jurídico. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 menciona “segurança jurídica ou excepcional interesse social” como razões para a superação da regra da invalidação.

Primeiramente, deve-se saber o que são “razões”, enquanto substantivo complementado por “de segurança jurídica” ou “de excepcional interesse social”. Se princípios e regras são razões para normas<sup>440</sup>, então deve-se concluir que ao utilizar o termo “razões” o legislador admitiu que fossem invocadas normas jurídicas as quais são as normas de direito fundamental, representadas pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social.

Ademais, o controle de constitucionalidade tem por finalidade a realização da supremacia normativa da Constituição. Portanto, as normas que concretizaram essa supremacia normativa e hierárquica podem ser utilizadas para fins de justificar a superação da norma-regra-sanção. Não se trata de definir a substância do argumento (o seu conteúdo), mas de pré-excluir, abstratamente, qualquer argumento extra-constitucional ou infra-constitucional que possa justificar a modulação dos efeitos. Uma razão ou um interesse sem fundamento no sistema jurídico, ou seja, meta-jurídico não podem ser invocados<sup>441</sup>.

---

<sup>440</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 106-107.

<sup>441</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 97.

## CAPÍTULO 3 - REQUISITOS MATERIAIS PARA A SUPERAÇÃO DA REGRA DA INVALIDIDADE RETROATIVA

### 3.1 A superação das normas - regras jurídicas

A modulação dos efeitos temporais da sanção de invalidade do ato inconstitucional constitui uma hipótese de superação de norma-regra jurídica. Está-se afastando a aplicação da regra pela coincidência de normas de direito fundamental, inicialmente não consideradas, mas que, após a melhor compreensão da questão, com o esclarecimento dos fatos e das normas pertinentes, tornaram-se mais efetivas na concretização da Constituição do que a própria norma-regra superada.

Ao contrário dos princípios, as regras jurídicas contêm um sentido de dever-ser pré-fixado institucionalmente, entrincheirados e vinculativos. Princípios prescrevem, primariamente, um estado ideal de coisas a ser promovido, mediante a adoção de certos comportamentos. A despeito da diferença estrutural, ambas são normas superáveis, mas com graus distintos de resistência para tanto<sup>442</sup>.

Na subsunção da norma-regra – forma usual de sua aplicação – dá-se uma operação lógica (mental), depois fundamentada pelo intérprete, de análise da correspondência entre os conceitos jurídicos e os conceitos dos fatos (interpretados e comprovados). Os fatos provados ou admitidos como provados apresentam-se como pretensas designações, isto é, como concretizações “reais” daqueles conceitos jurídicos previstos (designados, previstos) na hipótese da regra jurídica<sup>443</sup>. Por isso, abstratamente, a norma-regra-sanção de invalidade prescreve ao Juiz: “se o ato é inconstitucional, então deve ser invalidade desde a sua edição” e, verificada a inconstitucionalidade do ato, incide a norma.

Entretanto, nem todos os fatos, normas, circunstâncias e conseqüências jurídicas da aplicação de uma norma-regra podem ser previstos antecipadamente. É dizer: não se pode antecipar o grau de incidência de todas as normas jurídicas, num determinado caso. Por isso, após a consideração de todas as normas incidentes - e das circunstâncias fáticas relacionadas a estas normas - o intérprete/aplicador

---

<sup>442</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem – a teoria do discurso e a justificação jurídicas nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>443</sup> ENGLISH, op. cit., p. 79.

poderá chegar à conclusão da não-aplicação da regra, a despeito de ocorrida a sua hipótese normativa. Segundo Hage<sup>444</sup>, a superação de normas jurídicas (das regras em especial) é um fenômeno que ocorre quando as condições de aplicação de uma norma estão dadas, mas, mesmo assim, a conclusão (conseqüência) gerada por essa norma não acontece.

A não-realização da conseqüência da regra jurídica (invalidação retroativa *ex tunc*) decorre da necessidade de harmonizar a aplicação das normas constitucionais primariamente invocadas com as normas que tenham co-incidência sobre os mesmos fatos e atos. Nessa seara, os postulados normativos aplicativos é que “ajustam” a co-incidência das regras e dos princípios jurídicos, antagônicos ou colidentes, à realidade normatizada.

Logo, se os postulados normativos incidem para a solução, a resposta para o problema de superação das regras jurídicas estabelecidas sugere a observância de requisitos formais e de requisitos materiais, que encaminham, metodologicamente, uma decisão para o caso. A procedimentalização da superação das regras torna-se importante porque, do ponto de vista argumentativo, o ônus de justificação para a aplicação das regras é mais leve e, assim, o ônus de sua superação é maior do que o ônus dos princípios<sup>445</sup>.

Os requisitos formais já foram vistos. Restam, pois, os requisitos materiais para a superação da norma-regra.

### **3.2 Os postulados normativos como instrumentos para a superação da norma-sanção de invalidade retroativa e para a redefinição do alcance da sanção**

Além das regras e princípios, no ordenamento jurídico há normas que se situam num plano distinto, superior, estruturando a forma e o método de aplicação dessas normas (regras e princípios). São denominados de metanormas – ou postulados normativos - que atuam como “diretriz metódica que se dirige ao intérprete”<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> HAGE *apud* BUSTAMANTE, op. cit., p. 233.

<sup>445</sup> AVILA, 2008, op. cit. Igualmente, BUSTAMANTE, op. cit., p. 237-238, destacando que a superabilidade dos princípios é imante ao passo que a superabilidade das regras é excepcional.

<sup>446</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 122.

Elas estabelecem tanto procedimentos de interpretação ou de compreensão da relação entre as normas pertencentes ao ordenamento (postulados hermenêuticos – como a coerência e a unidade), quanto diretrizes para a solução de antinomias jurídicas entre as espécies normativas, verificadas na solução concreta de questões (postulados normativos aplicativos – proporcionalidade e razoabilidade)<sup>447</sup>. Os postulados jurídicos apenas elipticamente serão violados, visto que, a rigor, as regras e os princípios é que são aplicadas incorretamente<sup>448</sup>, ou seja, sem considerar a orientação normativa dos postulados. Eles regulam a interação entre as regras e os princípios considerando-se: a) o conteúdo normativo de outras normas e, b) o contexto fático (realidade) sobre a qual venham a ser aplicados. Daí que a sua aplicabilidade ocorre mediante a vinculação entre elementos, impondo uma forma de relação entre eles<sup>449</sup>, para que se construa a solução jurídica adequada.

Postulados normativos aplicativos são de duas espécies: a) inespecíficos, quando “exigem o relacionamento entre elementos, sem especificar, porém, quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles”<sup>450</sup> (v.g ponderação e concordância prática não definem os elementos nem os critérios da relação entre os elementos); b) específicos, quando “exigem o relacionamento entre elementos específicos, com critérios que devem orientar a relação entre eles”<sup>451</sup> (v.g a razoabilidade é aplicada quando se manifesta um conflito entre a norma geral e o caso particular – dois elementos, entre a norma e a realidade regulada e entre um critério e uma medida; a proporcionalidade depende de uma relação de causalidade (meio e fim).

A doutrina nacional, geralmente atribui à proporcionalidade o papel de postulado invocável para a superação do conflito entre princípios jurídicos e à razoabilidade, o papel de postulado orientador da superação de regras<sup>452</sup>. Entretanto, na hipótese de modulação dos efeitos temporais da norma-regra sanção de invalidade do ato inconstitucional, impõe-se a utilização combinada de ambos.

Em primeiro lugar, a razoabilidade orienta a fundamentação na superação da norma-regra da invalidação *ex tunc*.

---

<sup>447</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 123 e p. 133.

<sup>448</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 134.

<sup>449</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 142.

<sup>450</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 142.

<sup>451</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 143.

<sup>452</sup> BUSTAMANTE, op. cit., p. 273.

Em segundo lugar, uma vez que está clara a excepcionalidade do caso e a manifesta injustiça da aplicação da norma-regra, em face da necessidade de proteção da norma de direito fundamental co-incidente, restarão, então, as prescrições dos princípios subjacentes, que justificam a norma-regra da invalidade, e as prescrições dos princípios que autorizam a manutenção da eficácia derivada do ato inconstitucional. Nessa colisão, o postulado da proporcionalidade orientará a solução do conflito entre princípios.

### **3.2.1 A razoabilidade-equidade e o rompimento das razões entricheiradas da regra da invalidade ex tunc do ato inconstitucional**

A razoabilidade não tem merecido, no Direito Brasileiro, estudos tão aprofundados quanto os outros postulados como a ponderação ou a proporcionalidade, ao contrário do que sucede na *common law*, na qual ela é indispensável recurso para o manejo da superabilidade dos precedentes e das regras estabelecidas<sup>453</sup>.

Numa classificação tipológica-funcional, a razoabilidade pode ser compreendida em três acepções: razoabilidade-equidade; razoabilidade-congruência e razoabilidade-equivalência<sup>454</sup>.

A razoabilidade-equidade destina-se a corrigir a aplicação da norma jurídica que, na sua generalidade excludente, não permite considerar todas as razões para a construção de uma decisão. Ela é diretriz ou para determinar como a norma deve ser interpretada<sup>455</sup> ou para permitir justificar o não-enquadramento da situação individual à hipótese geral<sup>456</sup>.

A razoabilidade-congruência permite orientar a aplicação da norma com a realidade normatizada, “seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre uma medida adotada e o fim que ela pretende atingir.”<sup>457</sup>

---

<sup>453</sup> A propósito, MACCORMICK, 2008, op. cit.

<sup>454</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 152 e ss.

<sup>455</sup> “A razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece.” (AVILA, 2008, op. cit., p. 152).

<sup>456</sup> “[...] a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal.” (AVILA, 2008, op. cit., p. 154).

<sup>457</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 152.



Finalmente, a razoabilidade-equivalência permite o controle da relação entre uma medida adotada e o critério que a dimensiona (pena e sanção, taxa e valor da contra-prestação)<sup>458</sup>.

Fundamental para a superação da norma-regra da invalidade *ex tunc* é a razoabilidade-equidade, pois ela orienta a fundamentação do abandono da *invalidade ex tunc* para demonstrar a excepcionalidade daquele caso específico que, porém, poderá ser universalizado como regra de julgamento, nos seus elementos. Ela permitirá romper com a norma-regra pela consideração de aspectos individuais do caso. A particularidade da exceção estará na eficácia das normas constitucionais estabilizadoras da realidade (segurança jurídica em sentido objetivo) ou protetivas da confiança, subjetivamente (segurança jurídica em sentido subjetivo) ou, ainda, no grau de co-incidência de outras normas de direito fundamental atribuída ou não (excepcional interesse social).

A excepcionalidade da superação da norma é reforçada quando se considera que a mera possibilidade de fixação dos efeitos temporais diferentes da ordinária invalidade *ex tunc* poderá causar diferença de tratamento entre pessoas ou sujeitos sob o jugo da mesma norma inconstitucional<sup>459</sup>, gerando, assim, ofensa ao princípio da igualdade. Então, deve-se ter atenção ao dever de universalização da decisão, isto é, à possibilidade de que ela seja aceitável como decisão para outros casos idênticos, tantos quantos o forem. Se, por um lado, os tribunais estão obrigados a considerar as possíveis conseqüências das suas decisões<sup>460</sup>, por outro lado, não podem apenas decidir assumindo as conseqüências fáticas como premissas de argumentação, sem compromisso com as decisões futuras.

Ora, o emprego do postulado da razoabilidade na superação da norma-regra da invalidação *ex tunc* proporcionará a consideração de que certas conseqüências podem ser trazidas à baila na medida em que tenham relevância para promoção da finalidade subjacente à própria norma-regra de invalidação.<sup>461</sup> Assim, o postulado da razoabilidade delimita o abandono da norma-regra, atentando à finalidade mediata da regra e à preservação do valor subjacente, e, ainda, abre caminho para uma redefinição dos efeitos da invalidação do ato inconstitucional. A não-aplicação da

---

<sup>458</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 158-159.

<sup>459</sup> MIRANDA, 1983, op. cit., p. 387.

<sup>460</sup> MIRANDA, 1983, op. cit., p. 390. Citando, no mesmo sentido, Otto Bachoff.

<sup>461</sup> A superação da regra não poderá comprometer a finalidade da própria regra (AVILA, 2008, op. cit.).

norma-regra da invalidade será admissível na medida em que promover o *fim mediato*, ou seja, realizar a Supremacia da Constituição, ainda que com a restrição da promoção de seu *fim imediato* (afirmação da validade e da vigência da norma constitucional violada).

### 3.2.1.1 Iter argumentativo de superação da regra da invalidade ex tunc do ato inconstitucional

Num primeiro momento, é ônus do intérprete/aplicador concentrar-se na demonstração da co-incidência e da aplicação da norma da segurança jurídica, em sentido objetivo ou subjetivo, e do excepcional interesse social que justificam romper com as conseqüências ordinárias da norma-regra-sanção.

Logo, é indispensável a certeza sobre os pressupostos fáticos relativos à eficácia jurídica e social da norma inconstitucional, não sendo aceitável simples ilações.

A norma-regra deverá ser abandonada, em primeiro lugar, diante da co-incidência da norma de direito fundamental da **segurança jurídica em sentido objetivo** sobre a realidade criada pelo ato inconstitucional, estabilizando e tornando imutável jurídica e faticamente aquela situação. Para o reconhecimento da co-incidência em grau suficiente para a proteção (rompendo a norma-regra da invalidação), devem existir dois pressupostos:

1. O transcurso de lapso temporal de, pelo menos, 05 anos desde a criação da situação fática inconstitucional;
2. A existência de múltiplas relações jurídicas casualmente implicadas pela eficácia fática e jurídica (temporária) do ato inconstitucional, cujo desfazimento demonstrar-se inviável ou irreversível;

O prazo de cinco anos não é por acaso, mas decorre indutivamente das normas jurídicas que regulam a estabilização de certas situações, ainda que injustas ou ilegais.

Na sistemática do Direito Público, o prazo de 05 anos é “cabalístico”: a) a prescrição e a decadência, no Direito Tributário, se verificam em 05 anos (art. 173 e 174 do Código Tributário Nacional; b) prescreve em 05 anos a ação para cobrança

de dívidas passivas da Fazenda Pública (art. 1º do Decreto nº 20.910/32); c) é de 05 anos o prazo para a apuração e punição de infração administrativa de ordenação social, nos termos da Lei 9.873; d) é de 05 anos o prazo decadencial para a anulação dos atos administrativos federais de que resultem benefícios aos administrados, à luz do art. 54 da Lei 9.784/99; e) é de 05 anos o prazo para que o administrado possa ajuizar ação popular anulatória de ato público lesivo ao patrimônio, nos termos do art. 21 da Lei 4.717/65.

Portanto, é perfeitamente racional induzir que a estabilização objetiva de certas situações, mediante a eficácia da segurança jurídica em sentido objetivo, certamente ocorre com o decurso do prazo de vigência de cinco anos da norma inconstitucional. Não, necessariamente, apenas em cinco anos, mas indutiva e sistematicamente, se houver transcorrido tal prazo a estabilização é presumida.

Além disso, embora não seja expressamente mencionado nas decisões do STF como parâmetro, em todos os casos mencionados neste estudo há, ao menos, mais de 05 anos desde o início da vigência do ato e a sua suspensão cautelar ou invalidação definitiva, por decisão judicial.

Em segundo lugar, é preciso demonstrar-se a existência fática de um conjunto de relações jurídicas e sociais irreversíveis, ou dificilmente desconstituíveis sob o ponto de vista fático. Nesses casos, é a própria situação fática que supera qualquer pretensão de dever-ser. Ocorre que a eficácia retroativa de uma norma – como é a invalidação *ex tunc* – deve respeitar a limitação lógica, que consiste na natureza das coisas, de modo que não se pode olvidar as circunstâncias em que há fatos irremovíveis<sup>462</sup>. Tentar destruir essas situações é sacrificar a segurança jurídica.

No julgamento da ADIN 3.615, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a Min. Ellen Gracie, relatora, fundamentou que a vigência da norma inconstitucional determinou a constituição de situações inúmeras – cujo desfazimento implicaria ofensa às normas constitucionais (segurança jurídica), que foram realizadas pela vigência do ato inconstitucional:

Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob ofensa à segurança jurídica, ser

---

<sup>462</sup> “A impossibilidade física, por exemplo, constitui limite intransponível à retroeficácia.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Plano da eficácia**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2007. 1ª Parte. p. 54-55).

desconstituídas desde a sua origem.<sup>463</sup>

Igualmente, o Min. Eros Roberto Grau, ao se pronunciar, primeiro contra a inconstitucionalidade e, depois, a favor, mas com a modulação dos efeitos da sanção, reconheceu a invalidade Lei nº 7.619 do Estado da Bahia – que criava o Município de Luís Eduardo Magalhães – e destacou em voto na ADI nº 2240<sup>464</sup>:

o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo [...] existe há mais de seis anos [...] Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade.

A questão, pois, não é de imediatamente ponderar a regra da invalidação *ex tunc* ou, ainda, de ponderar os princípios que suportam a invalidade retroativa (nulidade) com aqueles princípios que a demandam a sua limitação (prospectividade). Antes de tudo, deve-se demonstrar a inaptidão ou a manifesta injustiça da invalidade *ex tunc* no caso, para superar a norma-regra em face do sacrifício que a aplicação da regra imporá à norma de direito fundamental da segurança jurídica, co-incidente.

O modo de demonstrar essa limitação da regra será na argumentação sobre “se”, “em que medida” e “por quanto tempo” o ato inconstitucional materializou, promoveu e/ou realizou as normas constitucionais que representam a segurança jurídica, portanto.

**No caso da segurança jurídica em sentido subjetivo**, o rompimento da razão formal que impõe a observância da norma-regra de invalidade *ex tunc* exige a demonstração:

1) da vigência do ato normativo que tenha despertado confiança durante certo tempo, sem o questionamento da sua validade jurídica e sem reconhecimento da inconstitucionalidade;

2) da conduta de confiança, isto é, de crença do destinatário do ato inconstitucional em face da atuação estatal, materializada por atos concretos de

---

<sup>463</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.615**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 30 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2009b. Voto da Min. Relatora. pp. 154-155.

<sup>464</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de inconstitucionalidade 2240/BA**. Relator. Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2009c. p. 17 do Voto do Relator. Voto fl. 02-03 ou p. 282-283.

obediência e cumprimento (efetividade do ato normativo, antes de ser declarado inconstitucional), ou, ainda, pela confirmação da validade jurídica do ato, mediante decisões judiciais sucessivas.

3) de o destinatário do ato normativo não ter contribuído para a invalidade constitucional, pretendendo beneficiar-se por agir de má-fé.

Nesses casos, de tutela subjetiva da confiança, a análise concreta das circunstâncias fáticas que envolvem a incidência da norma de direito fundamental é maior, na medida em que envolve uma análise subjetiva da confiança, da conduta do Estado. Assim, os problemas relacionados à prova dos fatos alegados e invocados e à classificação dos fatos como suficientes para fazer incidir a norma protetiva da situação são maiores<sup>465</sup>.

Finalmente, na hipótese de rompimento da regra em razão da necessidade de tutela do **excepcional interesse social**, demonstra-se que o ato inconstitucional, ao ser ter sido aplicado, promoveu e/ou concretizou as normas de direitos fundamentais, tornando a situação – embora ilegítima – imodificável sem sacrifício das normas de direito fundamental. A argumentação centra-se, pois, nos efeitos fáticos e de como eles se amoldam à norma de direito fundamental, sob a perspectiva da sua eficácia jurídica.

Só então, em frente a uma das três hipóteses, será possível dizer que as razões para a obediência e o seguimento da norma-regra de invalidação são afastáveis, de modo que não se possa invalidar ao menos *com efeitos ex tunc*, o ato inconstitucional e se possa cogitar do juízo de proporcionalidade, com a adoção de um meio distinto da invalidação retroativa, no controle de constitucionalidade.

A fundamentação concentrada na promoção da eficácia de outras normas constitucionais – pelo ato inconstitucional – segundo as hipóteses aqui expostas, comprova que a não-invalidação retroativa do ato inconstitucional não compromete o fim subjacente à regra (realização da Supremacia da Constituição) a despeito da não-adoção do comportamento prescrito. Mas, ao contrário, realiza-se melhor o fim mediato da própria regra de invalidade *ex tunc* (garantia da Constituição) ainda que a regra seja incidente, mas não aplicável. Afinal:

Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão

---

<sup>465</sup> MACCORMICK, 2008, op. cit., p. 58.

motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária.<sup>466</sup>

A importância do postulado da razoabilidade-eqüidade reside, pois, no apontamento da excepcionalidade do caso de modulação, de forma a indicar a incidência e a aplicação dos direitos fundamentais materializados pela proteção à segurança jurídica e ao excepcional interesse social que, por serem normas cuja realização é constitucionalmente imposta aos Poderes Públicos e que realizam igualmente a finalidade da própria regra invalidatória (primazia da Constituição), autorizam a sua superação.

Justificado que o caso é de superação da norma-regra de invalidade *ex tunc*, entram em cena – para definir o alcance dos efeitos temporais - os princípios subjacentes à regra da invalidade *ex tunc*, que são, evidentemente, aqueles vinculados às normas constitucionais violadas, segundo o juízo de inconstitucionalidade. O problema, então, passa a ser de determinação dos efeitos (meio) a partir da resolução da colisão entre os princípios que reclamam a invalidação ou a preservação dos efeitos do ato inconstitucional. Apenas nesse momento seguinte é que o postulado da proporcionalidade auxiliará na determinação exata do alcance dos efeitos da invalidação.

### **3.3 A proporcionalidade como postulado normativo redefinidor da nova eficácia temporal da norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional**

Com a superação da norma-regra da invalidade *ex tunc*, surgirá a necessidade de redefinição do alcance temporal da invalidação (retroativos, mas diferentes do início de vigência do ato inconstitucional, prospectivos puros *ex nunc*, ou, finalmente, prospectivos a certo termo da decisão), harmonizando-se os princípios constitucionais que reclamam a invalidação *ex tunc* ou a invalidação a partir de outro marco temporal. A proporcionalidade, pois, não justifica a modulação dos efeitos, mas permite controlar a sua realização, posteriormente à constatação da sua impositividade, isto é, a existência de direitos fundamentais que co-incidiram.

A idéia da proporcionalidade fundamenta-se na concepção material da Constituição, na qual os direitos fundamentais precisam ser coordenados, e na

---

<sup>466</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 154.

compreensão do Estado de Direito. A proporcionalidade, assim, visa garantir a proteção desses direitos<sup>467</sup>. Ela é critério de controle das restrições aos direitos fundamentais do cidadão, em face de intervenções estatais legislativas, administrativas e judiciais, que adveio do Direito Administrativo (controle do poder de polícia do Estado) para coordenar a aplicação das normas no Direito Constitucional<sup>468</sup>.

A proporcionalidade é subdividida em três máximas (princípios ou preceitos) parciais, que garantem a sua aplicabilidade e o controle das medidas estatais: a) adequação, ou seja, se o meio/medida se presta a atingir o fim almejado; b) exigibilidade (necessidade), ou seja, se o meio/medida é o mais suave, causa o menor prejuízo possível a outros interesses correlacionados; c) a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se as vantagens da medida/meio superam as desvantagens produzidas<sup>469</sup>.

O postulado normativo aplicativo da proporcionalidade já foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal como forma de controle da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (da sanção), instrumentalizando uma ponderação concreta<sup>470</sup>.

O problema, porém, é de que forma a proporcionalidade deve ser aplicada no conflito entre as normas da Constituição. O Supremo Tribunal Federal não tem realizado os juízos parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que dificulta o controle da aceitabilidade das decisões, assim como da sua racionalidade.

Segundo Medeiros<sup>471</sup>, a proporcionalidade é aplicável à modulação dos efeitos, quanto aos seus subelementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) mormente neste último, para determinar se as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas às demais normas da Constituição. Assim, considera-se a colisão de princípios imbricados nos efeitos da sanção de inconstitucionalidade, uns a favor de uma eficácia e outros de outra eficácia. Consoante Ana Ávila<sup>472</sup>, assim se aplica o postulado:

---

<sup>467</sup> AVILA, 2009, op. cit., p. 134.

<sup>468</sup> GUERRA FILHO, op. cit., p. 81-87.

<sup>469</sup> GUERRA FILHO, op. cit., p. 84-86.

<sup>470</sup> MENDES, 2007, op. cit., p. 395.

<sup>471</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 689, 696 e 703-704.

<sup>472</sup> ÁVILA, 2009, op. cit., p. 136

a proporcionalidade vai servir para determinar em que medida se autoriza a agressão a uma norma constitucional (aquela que justifica a declaração de inconstitucionalidade) para a promoção de outras normas também constitucionais (aquelas que protegem os efeitos do ato inconstitucional). Ou, noutras palavras, em que medida a atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* é o meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para a promoção da supremacia da Constituição como um todo.

Há a necessidade de ponderação entre as normas que sustentam a manutenção dos efeitos do ato inconstitucional e as que clamam pela eliminação destes efeitos, atribuindo-se os pesos e determinando a precedência de uma ou outra norma<sup>473</sup>.

Pressupondo que a superação da norma-regra invalidatória decorre da coincidência normativa, porque os direitos fundamentais podem incidir sobre o mesmo suporte empírico das normas inconstitucionais, acredita-se que a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade ocorra da seguinte maneira.

Ele é, em primeiro lugar, apenas complementar ao postulado normativo da razoabilidade que, como já visto antes, fundamentará o rompimento da norma-regra da invalidade retroativa *ex tunc*, em face do grau de realização de algum direito fundamental. Apenas então a proporcionalidade entra em questão, para coordenar a eficácia dos princípios subjacentes à norma-regra invalidatória (quer dizer, as normas constitucionais violadas) e as normas-princípios que fundamentam a restrição da eficácia temporal da invalidade.

Note-se, porém, que já não há mais a norma-regra da invalidade pré-estabelecida pela Constituição, mas um conflito de princípios originado pela necessidade de promoção da norma constitucional violada e pela exigência de proteção das normas co-incidentes, no qual se avaliará se uma medida de limitação dos efeitos é adequada necessária e proporcional em sentido estrito.

Há três espécies (meios) de efeitos temporais da decisão que supera a norma-regra invalidatória *ex tunc*<sup>474</sup>: a) efeitos apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc* puros); b) efeitos da declaração de inconstitucionalidade com suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*) ou a partir de um tempo no futuro (sanção com eficácia diferida); c) efeitos retroativos, diversos de *ex tunc* (retroativos,

<sup>473</sup> AVILA, 2009, op. cit., p. 91-134.

<sup>474</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 1320-1321 e ss.



mas limitados).

A aplicação do postulado da proporcionalidade exige uma relação de colisão<sup>475</sup> ou de imbricamento de princípios, em torno da solução de um caso concreto, visando-se maximizar-lhes a efetividade sem, porém, desconsiderar e/ou eliminar (restringir demasiadamente) a eficácia do outro princípio jurídico.

Superada a norma-sanção, pela força das normas de direito fundamental que co-incidiram, restará, ainda, um mandamento decorrente do vigor da norma constitucional violada, para que sua vigência e sua eficácia sejam maximamente respeitadas. São as normas-princípios, subjacentes à regra de invalidade. De outro lado, também na sua dimensão principiológica, haverá normas de direito fundamental que reclamam a preservação dos efeitos, porque esses são albergados na sua eficácia jurídica, incidentes sobre o mesmo suporte empírico.

Eis a colisão de princípios constitucionais.

Em segundo lugar, a aplicação do postulado da proporcionalidade pressupõe uma relação de causalidade entre um meio e um fim concreto<sup>476</sup>. A relação entre meio e fim deve estar devidamente estruturada, verificando-se uma medida concreta destinada a uma finalidade. Esta finalidade (fim) é um estado ideal de coisas que deve se constituir em um resultado compreensível e concebível<sup>477</sup>.

Ora, a invalidação, a despeito da superação da norma-regra, é ainda exigência da eficácia da norma constitucional violada e a preservação dos efeitos do ato inconstitucional, por outro lado, é decorrência da eficácia das normas de direito fundamental.

Logo, para promover a norma de direito fundamental co-incidente, deverá ser adotada a restrição da eficácia invalidatória da norma constitucional violada (meio). Esse meio para realizar o fim poderá variar para o passado, para o futuro ou a certo termo do futuro, a depender do grau em que foi promovida a norma da segurança jurídica e de outro excepcional interesse social. O fim da medida, como já se pôde inferir, é a promoção/proteção da norma constitucional co-incidente (segurança jurídica ou de outro excepcional interesse social).

Partindo-se do fim a promover, o julgador deverá eleger o meio e considerar as implicações deste meio. Assim, além de adequada a medida/meio utilizado

---

<sup>475</sup> ALEXY, 2008a, op. cit., p. 88.

<sup>476</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 162.

<sup>477</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 162.

deverá ser necessária(o)<sup>478</sup>.

A necessidade está relacionada com a possibilidade de existir um meio alternativo, que promova igualmente o fim, sem restringir demasiadamente a norma constitucional violada, a qual exige a invalidação. Note-se, contudo, que o subelemento “necessidade”, em si, não é critério para eleger o meio (uma eficácia temporal pretérita diferente da eficácia *ex tunc*), mas apenas para excluir a sua possibilidade. Esse é o caso, por exemplo, da opção da medida de declaração de inconstitucionalidade de um ato sem declaração da invalidade, quando, então, a norma constitucional violada não teria eficácia. De fato, sempre um outro meio diferente da eficácia *ex tunc* (isto é, uma eficácia pro futuro, *ex nunc*) promoverá menos a norma constitucional violada, o que quer dizer, restringirá mais esta norma.

Finalmente, então, deve-se recorrer à proporcionalidade em sentido estrito ou restrito que, conforme Alexy, obedece à seguinte lei: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”<sup>479</sup>.

Segundo Alexy, não se trata de um procedimento irracional de eleição de decisões arbitrárias<sup>480</sup>. É possível, principalmente a partir de decisões dos Tribunais, por meio de exemplos, construir-se “pesos” para os graus de intervenção e de promoção dos princípios colidentes: leve, médio e grave. Esse *iter* divide-se em três passos procedimentais, tendo por premissa a atribuição de importâncias aritméticas<sup>481</sup>.

Em primeiro lugar, deve ser comprovado o grau de prejuízo (de invasão) de um dos princípios colidentes (leve, médio ou grave). Avalia-se o grau de prejuízo à norma-princípio<sup>482</sup>, que, no caso da restrição dos efeitos da invalidade, será afetada negativamente. Neste caso, está-se apenas considerando o princípio com base em intervenções ou não-cumprimento no caso concreto, o que não considera o seu eventual peso abstrato<sup>483</sup>.

---

<sup>478</sup> AVILA, 2008, op. cit., p. 170-171.

<sup>479</sup> ALEXY, 2007b, op. cit., p.105-116. p. 111.

<sup>480</sup> Onde se lê. “Esses (exemplos) mostraram que existem casos nos quais, de modo racional, por meio de uma ponderação de princípios colidentes, pode ser obtido um resultado. Com isso, sem dúvida, está refutada a tese que ponderar, por causa da falta de critérios racionais, em todos os casos, tudo admite [...]” (ALEXY, 2007a, op. cit., p. 137).

<sup>481</sup> ALEXY, 2007b, op. cit., p.105-116. p. 111.

<sup>482</sup> ALEXY, 2007a., op. cit., p. 131-153. p. 138.

<sup>483</sup> “O peso abstrato de um princípio Pi é o peso que cabe a PI relativamente a outros princípios, independentemente das circunstâncias de alguns casos. Muitos princípios da constituição não se distinguem em seu peso abstrato. Em alguns, isso, todavia, é diferente. Assim, o direito à vida tem um

Assim, a invalidação retroativa *ex tunc* é sempre o grau máximo de promoção (mínimo de restrição) da norma constitucional violada e, ao contrário, a negativa da invalidação o grau mínimo de promoção e, também, máximo na restrição. Nestes extremos transitam diversas possibilidades de promoção intermediária (por exemplo, eficácia *ex nunc* plena ou diferida da sanção).

Em segundo lugar, deve-se justificar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, ou seja, a promoção da segurança jurídica e do excepcional interesse social representativos das normas de direito fundamental coincidentes. A atribuição de um peso a essa “grandeza” significa, antes, o quanto o princípio será efetivado (promovido) mediante a restrição do outro princípio: o quanto a liberdade de imprensa é promovida com a restrição da intimidade, o quanto a liberdade de iniciativa é promovida com a restrição de direitos do consumidor, v.g. Essas promoções também devem ser quantificadas em leve, média ou grave.

Por exemplo, dependendo do tempo de vigência da norma e da complexidade das relações produzidas na criação de um Município, uma invalidação, se retroativa *ex tunc* pode apagar a realidade inconstitucional (leve intervenção da norma constitucional violada); se *ex nunc*, pode apenas comprometer a eficácia dali para trás (intervenção média) e se apenas for fixada de um termo no futuro, até que seja corrigida a falha legislativa (causar uma intervenção grave).

Outro exemplo: a devolução de valores pelo Município ao Estado, por repasses indevidos de ICMS, como efeito da invalidação da norma constitucional que reparte as competências tributárias. Ela pode significar uma intervenção leve (se tiver que devolver todo o valor arrecadado), média (se tiver que repetir valores arrecadados a partir de um certo tempo no passado) e grave (se tiver que repetir mediante alguma compensação) e, ainda, gravíssima, se simplesmente não tiver que repetir os valores<sup>484</sup>.

Finalmente, deve-se demonstrar que o cumprimento deste princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do não-cumprimento do outro (que requer a invalidação). Essa justificação pode ser comensurada, a partir da análise do grau de realização das normas co-incidentes (segurança jurídica e excepcional interesse

---

peso abstrato superior do que a liberdade de atuação geral.” (ALEXY, 2007a., op. cit., p. 139).

<sup>484</sup> Casos do extraídos do STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.615**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 30/08/2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2009d; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 401.953** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 16 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2009e.

social).

Em primeiro lugar, pela consideração da importância constitucional atribuída a um ou a outro princípio<sup>485</sup> e, em segundo lugar, pela criação de uma escala de avaliação das perdas e ganhos jurídico-fundamentais<sup>486</sup>.

É nesse último momento que se diferenciará substancialmente as normas conflitantes segundo parâmetros preferenciais na ponderação<sup>487</sup>. Não se trata de uma hierarquização absoluta de valores dos princípios e das regras constitucionais, mas, apenas de se estabelecer um peso *preferencial* entre um ou outro princípio, para encaminhar a melhor solução para os casos de colisão.

### **3.3.1 Parâmetros preferenciais na ponderação, enquanto subelemento do juízo de proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) e determinação do alcance dos efeitos da sanção de invalidade**

Adotando o entendimento de Barcellos<sup>488</sup>, na ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) as “Normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos têm preferência sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais”<sup>489</sup>.

Esse parâmetro de preferência é aplicável na hipótese de não ter-se resolvido a definição da eficácia temporal da sanção invalidatória pelos demais subelementos do postulado da proporcionalidade e de haver, concretamente, a hipótese de coincidência. Realizada a distinção evidente o grau de promoção de um princípio e de restrição do outro, ganhará relevo a delimitação do *pedigree* das normas principais em conflito, dando-se proeminência àqueles que promovam mais diretamente os direitos fundamentais da pessoa.

Segundo Barcellos, numa ponderação, as normas que promovem diretamente os direitos fundamentais têm preferência às normas que apenas indiretamente o promovem. Assim, o direito à liberdade, por exemplo, prefere o direito à proteção dos bens jurídicos coletivos (criminalização de condutas). Logo, se a inconstitucionalidade derivar de uma ofensa a algum direito fundamental individual

<sup>485</sup> ALEXY, 2007a, op. cit., p. 131-153. p. 142.

<sup>486</sup> ALEXY, 2007a, op. cit., p. 131-153 p. 142.

<sup>487</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 160-162.

<sup>488</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 163-164.

<sup>489</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 238.

(propriedade, liberdade) na sua dimensão defensiva, dificilmente a restrição na sua eficácia invalidatória do ato inconstitucional será justificada ou será aceitável.

Há uma série de estruturas que visam proteger e promover o bem estar da coletividade e, assim, indiretamente, promovem os direitos fundamentais e a dignidade humana. A separação dos poderes, a legalidade orçamentária, a liberdade de imprensa, são exemplos disso.<sup>490</sup> Entretanto, outras tantas promovem-na diretamente, como os direitos fundamentais individuais e expressamente positivados, principalmente na sua dimensão protetiva em face do Poder Público.

Em suma, deve-se preferir a proteção àquelas normas que promovam mais concreta e diretamente a dignidade da pessoa humana<sup>491</sup>. Ou seja, não será proporcional uma restrição da eficácia invalidatória de uma norma de direito fundamental à liberdade, para o fim de promover a segurança jurídica em sentido objetivo, relativa à preservação da coisa julgada de um caso criminal. Mas, por outro lado, será proporcional se o direito à liberdade estiver sendo preservado pela manutenção dos efeitos da lei penal inconstitucional, por exemplo, porque a norma foi editada em violação ao princípio da individualização da pena.

Essa preferência decorre de previsão constitucional, ao se estabelecer o pluralismo político, a cidadania, a dignidade humana (art. 1º) como fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. Embora essa importância não ocorra no plano da hierarquia normativa abstrata, conforme já entendeu o Supremo Tribunal Federal<sup>492</sup>, porque geraria invalidade ou não-aplicação, ela se realiza diante de eventual colisão entre os deveres de promoção das normas constitucionais, de forma que, sem eliminar a validade normativa de uma, as outras, constitucionalmente mais importantes, tenham primazia de promoção.

Em segundo lugar, a previsão da ADPF indica que há preceitos mais fundamentais do que outros e, na maioria das propostas dos autores que estudam o tema, esses preceitos fundamentais dizem respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 242.

<sup>491</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 244.

<sup>492</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 160486/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 11 de outubro de 1994. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)> . Acesso em: 20 abr. 2009f.

<sup>493</sup> Barcellos (op. cit., p. 248) cita inúmeros autores que versam sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental

Em terceiro lugar, os direitos fundamentais ostentam o caráter de cláusula pétrea, à luz do art. 60, § 4º da Constituição da República.

Em quarto lugar, há, ainda, uma razão supra-estatal: o Direito Internacional realiza e sinaliza a centralidade da pessoa humana, pela sua proteção e pela sua realização<sup>494</sup> e uma razão de necessidade: as democracias modernas necessitam da teoria procedimental do direito, no sentido de que, embora não sejam possíveis consensos materiais absolutos sobre a preponderância de uma ou outra norma ou valor, venha a ser possível certos consensos sobre a forma de solução dos conflitos<sup>495</sup>.

Em face dessas razões, sem o reconhecimento da preferência dos direitos fundamentais diretamente conectados à pessoa humana sobre quaisquer outras normas de direito fundamental – enquanto basilares do Estado Democrático de Direito – a promoção da Supremacia da Constituição, pela restrição dos efeitos da norma-sanção de invalidade, não se concretiza.

---

<sup>494</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 253-256.

<sup>495</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

## CAPÍTULO 4 - CASUÍSTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ACEITABILIDADE DO MODELO PROPOSTO

### 4.1 O Supremo Tribunal Federal e a superação da regra da invalidade *ex tunc* por meio da promoção do princípio da segurança jurídica em sentido objetivo e em sentido subjetivo

#### 4.1.1 *Segurança jurídica em sentido objetivo*

A segurança jurídica em sentido objetivo, enquanto norma de direito fundamental, foi tutelada, na jurisprudência do STF em três situações diferentes: na preservação, ainda que temporária, dos Municípios criados inconstitucionalmente e na manutenção, ainda que temporária, das legislaturas municipais eleitas sobre critérios inconstitucionais de proporcionalidade matemática.

Nessas situações, anteriormente, o STF simplesmente reconhecia a inconstitucionalidade, aplicando a sanção de invalidação com eficácia *ex tunc*.<sup>496</sup>, sem cogitar da restrição de efeitos, a despeito da vigência do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Foi, portanto, a tomada de consciência da co-incidência normativa um fator determinante para a mudança de entendimento.

O Supremo Tribunal Federal, a rigor, não utiliza a proposta apresentada neste trabalho, mas ela é perfeitamente adequada à forma de decisão praticada. A incidência do princípio da segurança jurídica em sentido objetivo obriga a superação da norma-regra invalidatória e, após, a realização de uma ponderação para determinar o alcance temporal da invalidação.

---

<sup>496</sup> Por exemplo, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.632-01/BA**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 11 jun. 2009g.  
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.726**. Relator: Ministro Mauricio Correa. Brasília, 05 de novembro de 2003. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 11 jun. 2009h.

#### 4.1.1.1 Criação de municípios – fato político estabilizado e faticamente imutável

##### **a) Primeiro caso – ADI nº 3.615/PB**

##### **a.1) O juízo de inconstitucionalidade e o fundamento da invalidação.**

O Supremo Tribunal Federal entende que os atos normativos estaduais que implicaram criação, fusão ou alteração de Municípios, configurando uma situação fática institucional (âmbito territorial dos Municípios) em ofensa ao art. 18, § 4º da CF/88 são inconstitucionais. Um dos primeiros casos exemplificativo da modificação da orientação – e que servem como fundamento das razões para a modulação dos efeitos – está na decisão de inconstitucionalidade do art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba, que alterou os limites territoriais do Município de Conde, incorporando parcela territorial do Município de Alhandra, sem consulta à população interessada.

No julgamento da ADIN 3.615/PB a inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do STF, à unanimidade, segundo o voto da Relatora, Min. Ellen Gracie, porque:

[...] parece não haver dúvidas de que o art. 51 do ADCT paraibano – ao enunciar que os limites do Município de Conde “passam a figurar” na forma por ele descrita – deixa evidente ter havido uma redefinição de seus limites territoriais que representou o desmembramento de parte de seu vizinho contíguo, o Município de Alhandra, tudo sem a necessária e prévia consulta plebicitária das populações envolvidas, violando, assim, o art. 18, § 4º da Constituição Federal.<sup>497</sup>

##### **a.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a co-incidência normativa**

De fato, não há referência expressa, nos julgados, à superação de norma-regra, mas a forma da argumentação nos votos assim indica. Na ADIN 3.615/PB foi proposta a eficácia *ex nunc* da sanção por duas razões, que indicaram a co-incidência normativa da segurança jurídica em sentido objetivo.

---

<sup>497</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.615**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 30 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2009i. Voto da Relatora. p. 153.



A primeira foi a situação fática criada pela norma inconstitucional que acabou se estabilizada, por prazo superior a 05 anos:

Contesta-se, em novembro de 2005, noma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem.<sup>498</sup>

O Min. Eros Roberto Grau, em seu voto-vista, contra-aduziu que, talvez, o desmembramento não teria produzido efeitos irreversíveis no mundo dos fatos, não existiria uma realidade fática fundamentada no art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba. Segundo a Ministra Relator, porém, o local se tratava de uma faixa territorial onde se instalaria uma zona industrial, com incentivos tributários para as empresas, o que implicava que alguns efeitos já teriam se implementado, produzindo efeitos concretos, como registros de nascimentos e casamentos e efeitos tributários (ressaltados nas intervenções do Min. Carlos Britto) ou a realização de eleições, a criação de leis e a cobrança de IPTU<sup>499</sup>.

Em segundo lugar, ademais, nunca houve dúvidas sobre a constitucionalidade da lei, o que reafirma a presunção da validade dos seus efeitos, por atos do próprio STF:

Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era de praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos ex tunc não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante o tempo com sua vigência suspensa. Aqui a situação é diferente.<sup>500</sup>

Diferente era o caso em discussão, porque não houve qualquer suspensão de vigência ou questionamento da validade da norma. Assim, a soma de ambos os fatores indicava a co-incidência do princípio da segurança jurídica. Essa co-incidência, segundo a decisão unânime do Plenário do STF, decorreu da existência de efeitos concretos (pagamento de tributos, localização de indústrias, nascimentos, casamento, óbitos) gerados pela alteração dos limites territoriais do Município, o que vigeu durante 16 anos, e ela seria justificativa para preservação de todos os efeitos gerados anteriormente à publicação da decisão de inconstitucionalidade do art. 51

---

<sup>498</sup> Id., Ibid., p. 154-155.

<sup>499</sup> Id., Ibid. Voto dos Ministros Eros Roberto Grau e Carlos Aires Britto (p. 164-167).

<sup>500</sup> Id., Ibid.

do ADCT.

**a.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação – conflito entre os princípio da segurança jurídica e princípio da reserva legal para a criação dos Municípios:**

As situações criadas precisariam ser preservadas, em face da estabilidade das relações jurídicas (civis, tributárias, administrativas, eleitorais, etc.). Torna-se infactível redefinir e recompor as obrigações tributárias dos contribuintes, recobrar os incentivos fiscais às indústrias, requalificar as certidões de óbito, de casamento, de nascimento.

Embora a decisão não tenha realizado o juízo de proporcionalidade entre o princípio da segurança jurídica em sentido objetivo e o princípio da reserva legal para criação de Municípios (falta lei complementar nacional para a criação dos Municípios, nos termos do art. 18, § 4º da Constituição da Republica), a sua realização indicaria que a restrição dos efeitos da invalidação era impositiva.

A rigor, contudo, a medida mais adequada seria a limitação dos efeitos *pro futuro*, como ocorreu, por exemplo, no julgamento das subseqüentes questões semelhantes (ADI 3.689/PA. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. j. 10/05/2007) em que se determinou como termo inicial da invalidação o período de 24 meses após a publicação do acórdão. A simples eficácia *ex nunc* não tutelou suficientemente o princípio da segurança jurídica, visto que a inconstitucionalidade sequer poderia ser corrigida pelo órgão estadual, pois houve omissão do Congresso Nacional em normatizar, por lei federal, a respeito da criação de Municípios.<sup>501</sup> Assim, embora viesse a restringir gravemente a eficácia da norma constitucional violada, com eficácia diferida a certo termo da data da decisão, por outro, tutelaria em grau elevado a segurança jurídica em sentido objetivo, preservando situações fortemente conectadas com a dignidade das pessoas.

A restrição à norma estruturante do princípio federativo, que justifica invalidação, decorre da proteção à norma de direito fundamental (segurança jurídica em sentido objetivo) e deve ser promovida para proteger os moradores do local (que realizaram as relações jurídicas civis, tributárias e administrativas). Se não houvesse

---

<sup>501</sup> A omissão foi reconhecida em sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal.

tal restrição – ou se a invalidação ainda fosse pretérita – a supremacia da Constituição significaria mais a preservação da legalidade constitucional do que a própria dignidade dos habitantes do local.

## **b) Segundo caso – ADI nº 2.240-7**

### **b.1) O juízo de inconstitucionalidade e fundamento da invalidação**

A ADI<sup>502</sup> foi julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.619/00 do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. O fundamento da inconstitucionalidade fora também a ausência da Lei Complementar Nacional a que alude o art. 18, § 4º, da Constituição Federal.

### **b.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a co-incidência normativa**

Segundo o Min. Eros Grau, a aplicação direta do preceito constitucional do art. 18, § 4º, da CF/88 “conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.619, de 30 de março de 2000”<sup>503</sup>. Ponderou que

o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo [...] há mais de seis anos [...] Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade.

Reconstruindo analiticamente a fundamentação do Relator:

l) as situações de fatos consolidadas caracterizam uma situação de excepcionalidade não regulada normativamente e que precisa ser incluída na ordem jurídica e reconhecida normativamente<sup>504</sup>;

---

<sup>502</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de inconstitucionalidade 2240/BA**. Relator. Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2009j.

<sup>503</sup> Id. Ibid. Voto do Min. Eros Roberto Grau, p. 02 do voto e p. 282 do Acórdão.

<sup>504</sup> O Relator descreve o que ocorreu diante da existência fática do Município, durante a vigência da Lei Estadual: 1) 19/07/2001 foi promulgada a lei orgânica do município; 2) até maio de 2006 foram

II) é importante considerar a omissão do Estado que reforçou a estabilização da situação: b.1) do Congresso Nacional em legislar sobre a questão, pois não regulamentou a Constituição Federal; b.2) e, ainda, a omissão do STF que não concedeu a Medida Cautelar na ADIN, apesar da ADIn ter sido ajuizada no mesmo ano da edição da Lei Estadual inconstitucional<sup>505</sup>.

A omissão do Congresso seria “moléstia do sistema”, “um desvio do seu estado normal”<sup>506</sup>. “A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional”. Essa moléstia é imputável ao Estado, pois a criação do Município – não prevista pelo direito positivo “decorre de violação, ao menos indireta, pelo Congresso Nacional, da ordem constitucional”.

III) Para esses casos excepcionais, não se pode aplicar a norma como ordinariamente ocorre; deve-se analisar as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade para a situação estabilizada, isto é, para a eficácia do princípio da segurança jurídica em sentido objetivo.

Segundo o Min. Eros Grau, para os normativistas, esta realidade simplesmente não deveria ter ocorrido. Mas o Município existe no plano do ser e somente uma decisão abstrata, descomprometida com a realidade poderia declarar a nulidade (invalidade *ex tunc*) desta realidade. Logo, o princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. “Estamos porém, no caso de que ora cogitamos, diante de uma situação excepcional consolidada de caráter institucional, político”<sup>507</sup>. Há “força normativa dos fatos” nas relações reais que precedem as normas jurídicas em função delas produzidas, mormente na situação excepcional do caso. “Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los.”<sup>508</sup>

---

sancionadas mais de 200 leis municipais; 3) realizou eleição e, no ano de 2000, participaram 9.412 eleitores e, em 2004, 20.942; arrecadou tributos e prestou serviços, celebrou casamentos, registrou nascimentos e óbitos; 4) recebeu recursos do FUNDEF e do Fundo de Participação dos Municípios. E arremata: “Em suma, o Município de Luis Eduardo Magalhães existe, de fato, [...] Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política”. (Id., *Ibid.*).

<sup>505</sup> A boa-fé dos munícipes foi nutrida pelo STF, ainda, porque a ADIN foi interposta no mesmo ano de 2000, quando da edição da Lei (4 meses após o seu advento, apenas), mas não foi determinada a suspensão dos seus efeitos, em medida cautelar: “Não o tendo feito, permitiu (o STF) a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza.” (BRASIL, 2009j, op. cit.).

<sup>506</sup> BRASIL, 2009j, op. cit., p 9-10 e p. 295-296

<sup>507</sup> BRASIL, 2009j, op. cit. Voto p. 6 ou 292 do Acórdão.

<sup>508</sup> BRASIL, 2009j, op. cit. Voto p. 11 ou 297 do acórdão.

Para o Ministro, as normas jurídicas (aí também a norma-sanção de invalidade do ato inconstitucional) só valem para as situações normais, pois a normalidade é elemento do seu “valer”. No caso da criação dos Municípios, a situação é anormal, no que ele demonstra perfeitamente a particularidade do caso concreto, a demandar a excepcionalização da norma-regra, exclusivamente para aqueles casos em que:

[...] a aplicação do preceito (constitucional) para que se declare a inconstitucionalidade do ato legislativo estadual e a inconstitucionalidade institucional do Município agravará a moléstia do sistema. Se da aplicação de uma norma resulta um desvio de finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma<sup>509</sup>.

Ainda, no mesmo local, destacou o Ministro Relator que como a anulação da criação do Município:

avança sobre o poderíamos chamar de “reserva do impossível”, no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo [...] “Não podemos fingir que o Município não existe, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual seria vã”.

Eis, então, as razões para a superação da norma-regra.

### **b.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação: conflito entre os princípio da segurança jurídica e princípio da reserva legal para a criação dos Municípios**

A decisão, considerando a co-incidência da segurança jurídica que estabilizou as realidades (criação dos Municípios) e as conseqüências da eliminação deste Município (sacrifício da segurança jurídica), e que, ademais, possivelmente nada alteraria a realidade concretizada, foi no sentido de modular os efeitos da sanção de invalidade pelo prazo de 24 meses, para que ocorra a regulamentação do art. 18, § 4º da Constituição pelo Congresso Nacional.

O Min. Gilmar Mendes reconheceu que “há toda uma situação consolidada que não pode ser ignorada pelo Tribunal.” Por isso, a decisão invalidatória deve ser a menos gravosa à realidade concreta (ou seja, à segurança jurídica que co-incidiu

<sup>509</sup> BRASIL, 2009j, op. cit., p. 12 do voto ou 298 do acórdão.

no caso). Logo, com o fim de promover a segurança jurídica (manutenção do Município), protraiu-se no tempo a invalidação (meio), sem que restasse excessivamente restringido o princípio da reserva legal para criação do Município (norma do art. 18, § 4º da CRFB).

A decisão foi adequada, porque promoveu uma norma de direito fundamental adstrita (princípio da segurança jurídica), cuja proteção, pela sua proximidade com a tutela da pessoa humana, compensa as restrições impostas ao princípio da reserva legal, obedecendo à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito.

4.1.1.2 Critérios para definição do número de vereadores – fato político e institucional estabilizado e inalterável

#### **a) Caso do RE nº 197.917-8<sup>510</sup>**

##### **a.1) O juízo de inconstitucionalidade e fundamento da invalidação**

No julgamento do RE nº 197.917-8/SP, relativamente ao número de vereadores do Município de Mira-Estrela (Lei nº 222/90), o Supremo Tribunal Federal, em controle concreto/difuso de constitucionalidade, entendeu por restringir a eficácia *ex tunc* da sanção à inconstitucionalidade da fixação do número de vereadores no percentual máximo, a que alude o art. 29, inciso IV e alíneas, da Constituição Federal, porque a Constituição determinava a proporcionalidade aritmética na relação entre vereadores e população e, no caso, entre o mínimo de 09 e 21 edis.

##### **a.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a co-incidência normativa**

O Min. Gilmar Mendes destacou as repercussões, instabilidade jurídicas, provocadas pelo efeito retroativo da invalidação, pois se tratava de legislação sobre a organização da legislatura municipal, impossível de ser desfeita desde a sua

---

<sup>510</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.917-8**. Relator: Ministro Mauricio Correa. Brasília, 06 de junho de 2002. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2009k.

edição<sup>511</sup>. Destacou que as aprovações da contas do Executivo, as leis, tudo estaria posto em xeque pela retroatividade da norma-sanção: “a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”.

Ainda destacou que, como a decisão influenciaria sobre o processo eleitoral recente – deveriam ser refeitos os cálculos do quociente eleitoral para a eleição proporcional, o que ofenderia gravemente a segurança jurídica. Então, deveria ser adotada alguma solução alternativa.

Em suma, o que se depreende da decisão é que a invalidação não poderia ser retroativa total. A uma, pelas graves conseqüências jurídicas (no plano democrático local e legislativo) que resultariam para a segurança jurídica em sentido objetivo. A duas, diante da dificuldade prática de desfazimento dos efeitos verificados pela legislação municipal inconstitucional (como desfazer os atos legislativos promulgados, publicados, cumpridos e executados?) em face da estabilidade gerada pela legislação local.

Logo, segundo a fundamentação, a norma da segurança jurídica incide para assegurar a realidade gerada para os eleitores e habitantes locais, assim como para a comunidade municipal como um todo, que foi atingida pela eficácia normativa e jurídica do ato inconstitucional. Isso justifica o abandono do mandamento da regra de invalidação e a busca de um novo critério temporal.

### **a.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação: conflito entre os princípio da segurança jurídica e princípio proporcionalidade aritmética na representação popular municipal**

Houve a determinação para que a sanção invalidatória não retroagisse, iniciando o seu efeito sobre o ato inconstitucional a contar da legislatura seguinte à da decisão (eficácia diferida, *pro futuro*, isto é, a certo termo da decisão).

Aqui, mais uma vez, não houve um juízo de proporcionalidade pelo Tribunal. É possível, porém, compreender que a norma da segurança jurídica em sentido objetivo estabilizou a situação eleitoral (realidade objetiva) dos vereadores, de forma que esta não poderia ser alterada, não seria factível modificá-la, senão em um novo pleito, com o refazimento das eleições. Por outro lado, a norma constitucional do art.

---

<sup>511</sup> Id. Ibid. Voto do Min. Gilmar. p. 402-442.

29, inciso IV da Constituição, pelas suas alíneas, impunha a invalidação da lei municipal, pelo desrespeito ao seu comando<sup>512</sup>.

Realizando-se a atribuição de peso (importância) aos princípios colidentes, vê-se que a invalidação retroativa seria um meio gravemente comprometedor da segurança jurídica, em face do grau de complexidade de relações jurídicas que decorreram do fato institucional das eleições, com a edição de atos normativos e administrativos. Por outro lado, o princípio constitucional que estabelece a proporcionalidade aritmética na representatividade popular é norma estrutural da democracia, vinculada indiretamente ao princípio democrático. A restrição da sua eficácia invalidatória compensa a promoção da segurança jurídica, visto que está mais conectada com a dignidade humana.

Diante disso, o meio mais adequado e necessário, além de proporcional em sentido estrito, foi a fixação do termo inicial da invalidação em uma data futura: o início da legislatura seguinte. A partir de então, a norma Constituição violada restaura a sua vigência e validade, sem, contudo, comprometer o sacrifício da segurança jurídica.

#### **4.1.2 A segurança jurídica em sentido subjetivo**

A segurança jurídica em sentido subjetivo – a proteção à confiança e à boa-fé - vem sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal em diversas hipóteses como causa para limitar a eficácia invalidatória do ato inconstitucional.

Em dois julgados - Recurso Extraordinário nº 121.501, Relator Min Marco Aurélio e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 434.222-7, nitidamente -o STF preferiu a realização das normas constitucionais da boa-fé e da proteção à confiança à invalidação por força da norma constitucional violada (geralmente vinculadas às legalidade administrativa ou a regime jurídico de servidores públicos). Segundo o Relator, Min. Carlos Velloso<sup>513</sup>:

O princípio da segurança jurídica assenta-se, sobretudo, na boa-fé e na necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. No

---

<sup>512</sup> Consta da ementa do RE 197.917-8: “1. O art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios” (BRASIL, 2009k).

<sup>513</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 434.222-7**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 14 de jun. 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2009l.



caso [...] o ato administrativo embasa-se no princípio da boa-fé, tanto do órgão administrativo que deferiu a vantagem, como, e principalmente, do servidor público, o que recomenda a manutenção dos efeitos do ato, efeitos esses que [...] se viram convalidados pela Constituição de 1988.

Essa manifesta precedência de um dos princípios – que limita a retroatividade da decisão invalidatória – mas não conserva, *pro futuro*, a eficácia do ato inconstitucional significa uma forte limitação às normas organizatórias do Poder Público e um sensível abertura aos interesses dos administrados.

Sem dúvidas, em geral, o STF afirma que a restrição à norma-princípio que exige a invalidação, fixando a sua eficácia apenas a partir da decisão de inconstitucionalidade é uma intervenção leve, ao passo que a proteção à verba remuneratória percebida de boa-fé, mormente se acompanhada da prestação do serviço, têm uma promoção alta com a modulação dos efeitos.

4.1.2.1 O provimento de cargos públicos de forma inconstitucional e a preservação dos efeitos dos atos inconstitucionais - Recurso Extraordinário nº 442.683-8<sup>514</sup>

#### **a.1) Juízo e inconstitucionalidade e o fundamento da invalidação**

Reconheceu-se a invalidade de atos administrativos de provimento de servidores públicos do TRT da 4ª Região, mediante concurso público interno de ascensão vertical entre servidores do 1º para o 2º Grau, realizados com base nos arts. 8, inciso III, art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, inciso IV, todos da Lei Federal nº 8.112/90. Tais dispositivos apenas foram declarados inconstitucionais pela ADI 837/DF, julgada em 27/08/1998, por violação à regra do art. 37, inciso II, da Constituição da República. Discutia-se, então, se os efeitos da invalidação atingiriam todos os atos administrativos com base nele realizados.

---

<sup>514</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 442.683**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 13 de dezembro 2005. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 10 ago. 2009m.

### **a.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a co-incidência normativa**

Verificou-se que, embora tenha havido o reconhecimento da inconstitucionalidade, a medida cautelar na ADI foi deferida apenas em 1993, com eficácia *ex nunc*, não atingindo os atos pretéritos. Portanto, se, por um lado, a invalidação seria impositiva, por outro, os efeitos do ato inconstitucional foram garantidos por um longo tempo.

O Min. Relator Carlos Veloso destacou uma série de circunstâncias materializadoras da confiança dos ocupantes dos cargos públicos investidos de forma inconstitucional<sup>515</sup>: a) mais de 10 anos haviam se passado desde a realização do concurso, nomeação e posse, com base no ato inconstitucional (entre 1987 e 1992); b) em todos os casos, os dispositivos legais não haviam sido declarados inconstitucionais e, apenas em 1993, com eficácia *ex nunc*, foi suspensa a vigência dos diplomas normativos; c) houve boa-fé dos servidores, que não geraram tal invalidade; d) haveria prejuízo à administração pública, com o desfazimento dos atos administrativos que esses servidores realizaram, muito maiores do que a sua manutenção no cargo provido de forma inconstitucional; e) deveria ser protegido o direitos dos administrados e dos servidores.

Esses elementos indicam que foi despertada a confiança digna de proteção nos ocupantes dos cargos, acreditando que a situação não se alteraria – inclusive porque somente anos mais tarde questionou-se a validade de tais atos. Dessa forma, a invalidação pura e simples, retroativa, implicaria violação direta às expectativas criadas e reforçadas.

### **a.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação: conflito entre os princípios da segurança jurídica e o princípio da necessidade de concurso público**

Segundo os Ministros, ainda que houvesse atos baseado nas normas da Lei nº 8112/90, declaradas inconstitucionais, os efeitos seus efeitos deveria ser mantidos, porque promover a restauração da eficácia da norma constitucional do art.

---

<sup>515</sup> Id. Ibid., p. 822-823.

37, inciso II, da Constituição da República (norma que exige concurso público para o ingresso), seria desproporcional. A segurança jurídica em sentido subjetivo dos administrados, reforçada pela boa-fé (atos concretos de provimento do cargo, de exercício das funções de servidor, durante mais de 10 anos), estabilizou a realidade. O ato que despertou a confiança dos indivíduos – tanto ao não invalidar o ato administrativo no tempo devido, como deixando de exonerá-los a despeito da inconstitucionalidade posteriormente reconhecida – é completa e exclusivamente imputável ao Estado.

Logo, desfazer essa realidade implicaria violação desproporcional à norma da segurança jurídica em sentido subjetivo (ofensa à proteção à confiança) e, por outro lado, a eficácia invalidatória do ato inconstitucional, apesar de restringida no plano concreto, como meio para proteger a incidência daquelas normas, não foi afetada no plano abstrato – tendo em vista a eliminação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

4.1.2.2 Remuneração de servidores e pagamentos de vantagens patrimoniais – RE nº 122.202/06<sup>516</sup> - vantagens patrimoniais inconstitucionais

#### **a) O Juízo de inconstitucionalidade e o fundamento da invalidação**

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 08/04/94 decidiu, em recurso extraordinário de ADI estadual, que os efeitos da invalidação seria prospectivos, a despeito da inconstitucionalidade reconhecida na Lei nº 9262/86 que instituíra um duplo sistema de gratificações para os magistrados de Minas Gerais, violando o princípio da unicidade dos vencimentos dos servidores públicos.

#### **b.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a co-incidência normativa**

O Min. Francisco Resek ressaltou que a Corte tinha diversos precedentes no sentido da impossibilidade de restituição dos valores pagos a título de remuneração

---

<sup>516</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 122.202/MG**. Relator: Ministro Francisco Resek. Brasília, 10 de agosto 1993. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 ago. 2009n.

ao servidor, não tanto pela irredutibilidade dos vencimentos, senão pela proteção à boa-fé e à estabilidade das relações jurídicas criadas pelo Estado. Mas isso sob o fundamento de normas válidas e não como no caso, em que os pagamentos seriam invalidados de inconstitucionalidade.

Todavia, o Min. Marco Aurélio, limitou o recebimento das gratificações até à data da declaração de inconstitucionalidade da Lei – 12//08/1987. O Tribunal reconheceu que durante o período em que a lei vigia os valores recebidos pelos servidores (magistrados) não precisariam ser devolvidos, em face da incidência da norma da boa-fé daquelas que a receberam. A incidência da boa-fé, que impedira a invalidação *ex tunc*, somente cessou de incidir a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, por decisão do Tribunal.

### **a.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação: conflito entre os princípios da segurança jurídica e o princípio da unidade da remuneração dos servidores públicos**

Os servidores perceberam, por conduta imputável ao Estado, durante um certo tempo, a remuneração em caráter duplo (por dois sistemas de remuneração distintos). Logo, despertou a confiança dos administrados, e a boa-fé daqueles que, sem ato de sua responsabilidade, beneficiaram-se pela inconstitucionalidade. Por outro lado, a eficácia da norma constitucional violada, impunha retroativamente, a anulação dos pagamentos e devolução dos valores percebidos.

De fato, a despeito da inexistência de uma ponderação entre os princípios, a conclusão a que se chega, pela análise da fundamentação do julgado, é a de que a confiança daqueles que receberam os valores justificou a limitação da invalidação à data da decisão de inconstitucionalidade, isto é, eficácia *ex nunc* pura. Claramente o Supremo deu preferência às normas vinculadas à confiança do cidadão, em detrimento da afirmação da validade de normas remotamente vinculadas à proteção da pessoa humana (relativas ao sistema de remuneração de servidores).

## **4.2 O Supremo Tribunal Federal e os excepcionais interesses sociais que autorizam a superação da regra da invalidade ex tunc do ato inconstitucional**

O excepcional interesse social é conceito jurídico indeterminado deverá representar alguma norma de direito fundamental co-incidente, diversa da segurança jurídica, mas que teve eficácia normativa e jurídica sobre a mesma realidade inconstitucional.

### ***4.2.1 A proteção ao devido processo legal como excepcional interesse social***

#### **a) Primeiro caso - ADI nº 3022/RS<sup>517</sup>**

##### **a.1) O juízo de inconstitucionalidade e o fundamento da invalidação**

O Pleno do STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 134 da Lei Estadual Complementar nº 10.194/94, que atribuía à Defensoria Pública do Rio Grande do Sul a função de prestar, conforme impõe o art. 45 da Constituição Estadual, a assistência judiciária aos servidores processados por atos praticados em razão do exercício de suas atribuições funcionais.

O fundamento da inconstitucionalidade estava na razão de que o art. 134 da Constituição Federal vincula a organização da Defensoria Pública à prestação da assistência judiciária aos necessitados (art. 5º, LXXIV), como forma de realizar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º LV), determinando-se a medida estatal exigida na organização da instituição.

Há uma dimensão subjetiva do direito fundamental à assistência judiciária e uma dimensão objetiva, para haver a “exigibilidade de um padrão de organização das defensorias públicas para melhor atender ao direito à assistência judiciária do art. 5º” e não apenas a lei deixou de observar a regra de reprodução obrigatória preconizada pela CF/88, mas também comprometeu e desvirtuou a missão institucional da Defensoria “vinculada à concretização de um direito fundamental

---

<sup>517</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3022/RS**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 02 de agosto de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 set. 2009o.

específico, cujo fim último é a democratização do acesso à justiça.”<sup>518</sup>

### **a.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a co-incidência normativa**

Conforme a fundamentação do julgado, o caso indicaria a inviabilidade de uma invalidação retroativa. O Min. Relator destacou que ela implicaria sacrifício considerável aos direitos daqueles que foram defendidos em juízo.<sup>519</sup> O Min. Sepúlveda Pertence enumerou as possíveis conseqüências: ter-se o servidor de recolher-se à prisão, porque a defesa judicial teria sido inválida (inexistente).

O Min. Cezar Peluso ainda mencionou a dificuldade de contratação de outros advogados para realizar a defesa, nos processos em curso e que tal situação não poderia ser alterada de uma hora para outra.

Essas razões bastaram para justificar que a invalidação não poderia ocorrer, como ordinariamente ocorre, isto é, com alcance *ex tunc*. O interesse daqueles que atuaram em juízo, defendidos por Defensores Públicos, ainda que de maneira inconstitucional, não poderia ser olvidado, mormente em face da prática de atos processuais concretos (eficácia normativa e jurídica da norma do devido processo legal).

Seria, pois, o caso de superar a norma-regra-invalidatória.

### **a.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação: conflito entre os princípios do devido processo legal e da atribuição constitucional da Defensoria Pública**

Na ponderação entre as normas que determinaram certas atribuições à Defensoria Pública, as quais foram violadas, e a norma do devido processo legal, realizadas como efeito do ato inconstitucional, entendeu-se por protrair a invalidação, para que ela se inicia-se a partir de 31/12/2004, conferindo, portanto mais 06 meses de sobrevida à norma inconstitucional.

---

<sup>518</sup> Id. Ibid. Voto do Min. Joaquim Barbosa. p. 192-195..

<sup>519</sup> “[...] em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dessas normas, verifico que a gravidade dos prejuízos eventuais decorrentes da nulidade *ex tunc* da norma é **imprevisível, mas avaliável**. Basta notar que, com base nas normas ora impugnadas, já foi efetuada a defesa dos servidores estaduais.” (Id. Ibid. Voto do Min Joaquim Barbosa. p. 201, grifo do autor).

A restrição à norma que reclama a invalidação justificou-se pela importância do princípio do devido processo. Não se poderia desconstituir as defesas judiciais de servidores já realizadas (inconstitucionalmente pela Defensoria Pública) e prejudicando o direito à defesa dos servidores, nos processos em curso (quem realizará a defesa?). A norma do devido processo legal, é direito fundamental garantida pelo art. 5º, inciso LV da CF/88 e pelo art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Em outras palavras, a desconstituição pretérita dos processos em que as representações judiciais de servidores se realizaram pela Defensoria Pública implicaria grave intensidade de afetação às inúmeras situações processuais, já extintas (processos já extintos) ou ainda em curso (como contratar outros advogados para a defesa).

Prevaleceu, assim, a garantia da estabilidade dos processos findos, a proteção à expectativa legítima dos servidores que foram defendidos pela Defensoria. Note-se, pois, que o excepcional interesse social restou materializado por um direito fundamental.

## **b) Segundo caso – ADI nº 2.907-0/AM**

### **b.1) O juízo de inconstitucionalidade e o fundamento da invalidação**

O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a Portaria nº 954/2001, editada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que dispunha sobre o horário diferenciado do expediente forense, em órgãos do Poder Judiciário e em Comarcas da Capital e do Interior do Estado, no julgamento de 04/06/2008, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. A Portaria, em suma, violaria o art. 96, inciso I, alínea “a” da Constituição da República, que prevê a autonomia administrativa do Poder Judiciário, mas a qual deve ser exercida pelo Colegiado deste, não, monocraticamente, pelo Presidente do Tribunal.

## **b.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a co-incidência normativa**

O Min. Cezar Peluso, preocupado com a estabilidade dos atos processuais já realizados, em homenagem ao devido processo legal e à boa-fé dos jurisdicionados argumentou: “penso que o Tribunal teria de fixar a eficácia dessa decisão, para que não se vá anular eventualmente ou dar pretexto para anular qualquer ato praticado. A meu ver, a eficácia teria que ser *ex nunc*”<sup>520</sup>.

Vê-se, pois, que a invalidação retroativa da Portaria que disciplinava o horário de funcionamento dos Foros, implicaria na autorização para que os atos processuais praticados com base naquela norma (eficácia jurídica do ato inconstitucional) fossem violadas. Entendeu-se, contudo, que esses atos praticados pelos cidadãos, crenças de que seriam válidos e legítimos, realizaram a norma do devido processo legal e apagá-los implicaria uma grave intervenção nesse direito fundamental.

## **b.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação: conflito entre o devido processo legal, a proteção à confiança dos jurisdicionados e o princípio da autonomia regulamentar dos Tribunais**

A colisão entre princípios impunha analisar em que medida seria legítimo restringir a eficácia invalidatória do princípio da autonomia regulamentar dos Tribunais, que fora desrespeitado por ato do Presidente do Tribunal de Justiça, em respeito da proteção à confiança dos jurisdicionados e da preservação dos atos processuais praticados nos processos, naqueles horários autorizados pelo ato inconstitucional.

Sem dúvidas, mais uma vez, a norma de direito fundamental (devido processo legal) e a tutela da proteção à confiança dos jurisdicionados necessitavam ser preservadas, em razão da eficácia do ato inconstitucional que acabou materializando atos e fatos concretizadores daquelas normas. De outro lado, a norma organizatória e regulamentar dos Tribunais, estabelecadora da competência para legislar, embora válida e vigente, comportaria sofrer uma restrição no alcance de sua eficácia, em

---

<sup>520</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2907/AM**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília, 04 de junho de 2008. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 22 set. 2009p. p. 229.



razão da natureza do fim visado (preservar um direito fundamental), constitucionalmente mais relevante.

Dessa situação, emergiu a decisão invalidatória com eficácia *ex nunc*, isto é, a partir do trânsito em julgado da decisão, para fins de preservar aquelas situações pretéritas, albergadas nesta situação de excepcional interesse social.

#### **4.2.2 Direito de acesso ao judiciário e assistência aos necessitados - caso da ADI nº 3819-2/MG<sup>521</sup>**

##### **a.1) Juízo de inconstitucionalidade e fundamento da invalidação:**

Nesta ADI, foi objeto o julgamento da constitucionalidade dos artigos 140, *caput* e parágrafo único, e art. 141 da Lei Complementar nº 65 e art. 55, *caput* e parágrafo único da Lei nº 15.788 e, ainda, art. 135, *caput* e § 2º da Lei nº 15.961 todas do Estado de Minas Gerais, que, em suma, disciplinavam forma de provimento de cargos de Defensores Públicos diversas do concurso público, constitucionalmente exigido, exceto na hipótese do art. 25 do ADCT, que não era o caso. O Tribunal entendeu inconstitucionais tais dispositivos que transformavam em Defensores Públicos servidores (assistentes jurídicos) que exerciam funções fáticas de defensores, após a CF/88, porque até a Assembléia Nacional Constituinte incidiria o art. 25 do ADCT, que permitiria a opção, ao servidor. Assim, com a inconstitucionalidade, eles não poderia mais exercer a função de Defensores Público.

##### **a.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a co-incidência normativa**

Segundo o Relator, seria necessário não invalidar retroativamente a norma inconstitucional, porque

a Defensoria Pública de Minas Gerais – [...] atua de modo precário, o que seria agravado em razão do afastamento de alguns dos atuais defensores

---

<sup>521</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.819-2/MG**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 24 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2009q.

dos seus cargos [...] A Lei Complementar nº 15 está em vigência desde 2003. Penso que decorreriam prejuízos de ordem social da declaração de inconstitucionalidade com efeitos **ex tunc**. Por que? Porque a ela seguiria a redução do número de defensores que desempenham a assistência judiciária<sup>522</sup>.

Inclusive, servia necessário dar tempo para a adaptação ao Estado e para garantir a continuidade dos serviços públicos, sem prejuízo daqueles que mais precisam dela, ou seja, os pobres. O Min. Eros Roberto Grau assinalou que a invalidação irrestrita implicaria a impossibilidade de o Estado de Minas Gerais **cumprir o seu dever constitucional de prestar assistência jurídica** (grifo nosso). Invocou o Ministro, portanto, a incidência do art. 5º, LXXIV, da Constituição<sup>523</sup>.

Dessa forma, a restrição dos efeitos invalidatória seria meio adequado para proteger a norma de direito fundamental, o que determinou, por maioria, a superação da norma-regra invalidatória, fundada no art. 37, inciso II, da Constituição.<sup>524</sup>

### **a.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação: conflito entre os princípios do acesso ao Poder Judiciário, da assistência judiciária aos carentes e, de outro lado, da indispensabilidade de concurso público para ingresso no serviço público e o princípio da igualdade**

O conflito entre os princípios que garantem o acesso ao Poder Judiciário e a assistência aos necessitados e, por outro, daqueles que impõe a realização de concurso público para ingresso na carreira de Defensor e o respeito ao princípio da igualdade ficou evidente nesta situação. Contudo, entende-se que a restrição dos efeitos, neste caso, realizou-se equivocadamente, em razão da admissão de situações fáticas que, na verdade, eram diversas das pressupostas.

A favor da restrição, adotando-se uma eficácia *diferida* da invalidação, o Min. Gilmar Mendes destacou que “Impõe-se, sim, a modulação de efeitos, sob pena de

<sup>522</sup> Id. Ibid., p. 397-398.

<sup>523</sup> Conforme dispõe a CF/88, Art. 5º LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

<sup>524</sup> É se de se destacar, porém, a controvérsia sobre a veracidade do pressuposto fático de que a limitação dos efeitos da invalidação implicaria o desamparo dos mais necessitados, de terem acesso ao Poder Judiciário. O Min. Joaquim Barbosa, em seu voto, apresentou números no quadro dos Defensores de Minas Gerais: apenas 125 dos mais de 500 defensores seriam aproveitados pela norma inconstitucional, menos de 20%, o que autorizaria a contratação temporária, até a realização do concurso, para fins de igualmente promover o direito de acesso ao Judiciário dos mais necessitados. Haveria, assim, um meio adequado e menos restritivo, disponível, para promover o mesmo fim.

se ameaçar a funcionalidade de um serviço que já se revela precário, [...] que sabemos insuficientes, para o número de comarcas, ainda que todas elas fossem providas”. A modulação seria impositiva, promoveria o interesse público no funcionamento razoável da Defensoria.

Após outros votos, houve consenso quanto à necessidade da modulação, para proteger o interesse dos assistidos pela Assistência Judiciária, para que não tenham denegado seu acesso à Justiça. A restrição adotada foi de protrair a sanção para 06 meses após o trânsito em julgado do acórdão.

Entretanto, nos votos divergentes, evidenciou-se o equívoco da decisão.

A uma, porque o princípio da igualdade, que reforça o dever de invalidação do ato inconstitucional, ao lado da norma violada, foi gravemente atingido, segundo o Min. Cesar Peluso destacou. Em julgamento de caso semelhante – ADI nº 1267/AP<sup>525</sup> - por unanimidade, declarou-se inconstitucional a lei e não se modularam os efeitos<sup>526</sup>:

Eu não consigo distinguir entre a relevância de tratamento que se deva dar às pessoas que são objeto da Defensoria Pública em um Estado e às mesmas pessoas nas mesmas situações em outro Estado. [...] não posso admitir que o Tribunal varie tão abruptamente de disciplina, do ângulo constitucional, de situação que são absoluta e substancialmente idênticos.

Destacou-se, ainda, a existência de um concurso público em andamento, cujos aprovados chegaram a 130 candidatos para o Cargo de Defensoria Pública, que deverão preencher os cargos, ora ocupados inconstitucionalmente. Então, nenhum prejuízo extraordinário haveria ao direito fundamental dos necessitados, o que afastaria a necessidade de restrição dos efeitos.

---

<sup>525</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 29 DO ADCT DO AMAPÁ E ARTIGOS 85, 86 E 87 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 8, DE 1994. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PROVIMENTO DE CARGOS DA PROCURADORIA-GERAL E DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO SEM CONCURSO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE. RESSALVADO O DISPOSTO NO ART. 22 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional o preceito que permite aos assistentes jurídicos do quadro do extinto Território do Amapá, sob subordinação da Procuradoria-Geral e da Defensoria Pública do Estado, a opção de ingresso na carreira de Procurador ou de Defensor Público do Estado de 1ª Categoria, bem como nos cargos de Defensor Público-Geral, Chefe de Defensoria, Núcleos Regionais e da Corregedoria; violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade previstos no art. 37, caput, da Constituição do Brasil. 2. São ressaltados, no entanto, os direitos previstos no art. 22 do ADCT da Constituição do Brasil, que assegurou aos defensores públicos investidos na função até a data da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada totalmente procedente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1267**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 30 de setembro de 2004. Disponível em:<www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2009r).

<sup>526</sup> BRASIL, 2009q, op. cit. Voto do Min. Cesar Peluso. p. 481.

Também o Min. Joaquim Barbosa referiu que recebeu informações de que já teria havido 04 concursos para Defensoria Pública no Estado e o último, realizado em 2006, contava com mais de 120 aprovados:

Portanto, a meu ver, cai completamente por terra a alegação de que, na eventualidade de afastamento desses 125 Defensores, aliás, não se trata nem disso, todo o serviço de Defensoria Pública de Minas Gerais ruiria subitamente, porque há pessoas concursadas, concurso homologado, basta nomear essas pessoas<sup>527</sup>.

Ora, analisando-se corretamente a questão, vê-se que era desproporcional limitar a eficácia da norma constitucional violada (princípio da necessidade de concursos públicos), à luz dos fatos. Primeiro, porque já havia concurso público realizado e, assim, em breve a inconstitucionalidade seria apagada. Segundo, porque a quantidade de Defensores Públicos naquela situação era inferior a 20% do total, o que indicaria que o meio adotado (restrição dos efeitos) não promoveria suficientemente o fim proposto (proteção ao direito fundamental de acesso ao Judiciário, pelos necessitados).

Por conseguinte, embora a norma constitucional co-incidente seja um excepcional interesse social – porque representativa de um direito fundamental digno de tutela – a sua realização (leve) não justificava a restrição grave à norma-sanção de invalidade.

#### ***4.2.3 Questões orçamentárias e financeiras dos entes políticos como excepcional interesse social a ser conciliado***

##### **a) Caso do RE nº 401.953-1<sup>528</sup>**

##### **a.1) O juízo de inconstitucionalidade e fundamento da invalidação**

No Recurso Extraordinário, reconheceu-se como inconstitucional determinada linha do Anexo I da Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 2.664/1996, porque se excluía a Capital, no cálculo de partilha do ICMS do Estado, vulnerando o art. 158, IV, parágrafo único, inciso II, da Constituição da República.

<sup>527</sup> BRASIL, 2009q, op. cit. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. p. 436.

<sup>528</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 401.953**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 16 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 out. 2009s.

O voto do Min. Relator, Joaquim Barbosa, ressaltou que a é constitucionalmente obrigatória a observância da diretriz de que na divisão das receitas de arrecadação do ICMS entre os Municípios, no sentido de que  $\frac{3}{4}$  dos valores sejam divididos entre os entes locais segundo a sua participação na agregação de valor aos produtos, e  $\frac{1}{4}$  segundo critérios objetivos da legislação estadual, caso contrário haveria grave lesão às bases federativas do estado brasileiro. Assim, o anexo da Lei Estadual do RJ alijou do repasse de qualquer valor, relativo ao  $\frac{1}{4}$  (art. 158, IV, par. único, inciso II da CF/88), a Capital, embora o corpo da lei, em si, previa tal cálculo segundo critérios objetivos.

Como resumiu o Min. Carlos Britto: “Há uma antinomia endógena entre o corpo da lei e o anexo da lei. O anexo nulifica o corpo da lei”<sup>529</sup>, o que, ao final, estaria violando a determinação que deva-haver um creditamento aos Municípios do  $\frac{1}{4}$  da distribuição constitucional do ICMS.

#### **a.2) A excepcionalização da regra da invalidação *ex tunc* e a coincidência normativa**

O Min. Relator, em meio à discussão, considerando as observações de que “À medida em que, pela inconstitucionalidade, deva ser atribuído um percentual ao Município do Rio de Janeiro, todos os demais índices têm que ser alterados.”<sup>530</sup> Então, os reflexos da invalidação alcançariam todos os Municípios, inclusive aqueles com economia fragilizada, sem condições de devolução de valores. A modulação dos efeitos da decisão seria recomendável, inclusive porque a inconstitucionalidade implicaria o recálculo nos últimos 10 anos – de 1997 a 2007. Na verdade, haveria um comprometimento de todas as rendas dos Municípios menores. O Min. Relator ainda asseverou que: “não há interesses individuais, não estaremos outorgando privilégios a A, B ou C – é uma questão institucional”<sup>531</sup>. Ainda, o Min. Gilmar destacou que “imaginar qualquer modalidade de compensação, na verdade, pode levar os Municípios que receberam esses recursos à falência.”<sup>532</sup>

Vê-se, assim, o emaranhado de relações jurídicas criadas pela norma inconstitucional – gastos orçamentários, empenhos, licitações, obras, servidores –

<sup>529</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Carlos Britto. p. 464.

<sup>530</sup> Id., Ibid. Voto do Relator.

<sup>531</sup> Id., Ibid. Voto do Relator p. 467.

<sup>532</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Gilmar Mendes.

que deveria que ser canceladas para o atendimento do pagamento ao Município do Rio de Janeiro. E, assim, seria insustentável uma invalidação retroativa pura e simples, sem a consideração dos princípios orçamentários – da limitação orçamentária, da fonte de custeio.

### **a.3) Redefinição da eficácia temporal da invalidação: conflito entre os princípios da repartição tributária do ICMS e dos princípios orçamentários**

O Min. Sepúlveda Pertence, contrário à modulação, destacou que se estaria eliminando o direito subjetivo do Município do Rio de Janeiro – nos últimos 10 anos – ao recebimento de sua quota-parte<sup>533</sup>.

Por outro lado, o Min. Carlos Britto defendeu que haveria importantes conseqüências negativas da sanção de inconstitucionalidade. Disse que o mal (incorreta divisão tributária) já está feita e não há como revê-la, apenas há como revê-la daqui para frente, editando-se nova lei para o recálculo dos percentuais e para a compensação<sup>534</sup>. O Min. Gilmar Mendes, complementando essa defesa das conseqüências nefastas da invalidação, destacou que a compensação do pagamento do tributo implicaria sanção às populações que dependam dos serviços públicos – para os quais faltaria recurso – e não para os agentes editores da lei.<sup>535</sup>

O Min. Cezar Peluso, então, considerando o princípio da repartição de receitas tributárias que estava sendo vulnerado de um lado, e os princípios orçamentários e financeiros dos Municípios do outro, propôs a restrição daquele, como forma de garantir a preservação deste, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, mas com a seguinte solução quanto aos efeitos da invalidação:

[...] a) recalculer os coeficientes de todas as alíneas constantes dos Anexos I e III da Lei nº 2.664/96, para atribuir ao Município do Rio de Janeiro a quota que lhe é devida, segundo critérios da mesma lei, desde o início de sua vigência; b) prever, quanto ao pagamento dos atrasados, compensação e parcelamento em condições tais que não impliquem aniquilamento das parcelas futuras devidas aos demais municípios<sup>536</sup>.

<sup>533</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. p. 477.

<sup>534</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Carlos Britto. p. 469.

<sup>535</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Gilmar Mendes pp. 471-472.

<sup>536</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Cezar Peluzo. pp. 475.476 e p. 484.

Para o Min. Cezar Peluso, com essa proposta, haveria a necessidade de ponderação entre os princípios que demandam a invalidade e os que exigiram a preservação dos efeitos, pois, ainda que não tenha textualmente assim se expressado, asseverou que “nem se passa um borracha no passado, nem se desconsidera a possível falência dos Municípios que receberam valores além do devido ao longo do tempo (10 anos), inclusive porque não se pode deixar livremente à decisão política a execução do julgado”<sup>537</sup>.

Portanto, a solução proposta coordena perfeitamente os princípios: admite-se a eficácia invalidatória – que exige a restituição do *status quo ante*, mas, ao mesmo tempo, deferiu-se ao legislador a prerrogativa de fixar a forma dessa devolução – que não seria imediata – mas deveria seguir as condições fixadas, para não aniquilar o Município.

A proposta que, em certa medida, restringe a eficácia invalidatória – por isso modula os efeitos - foi acolhida pelos Ministros, porque “A sugestão [...] é razoável e não deixa em segundo plano a realização da própria Constituição”<sup>538</sup>, porque ela considera e concilia os interesses em jogo<sup>539</sup>.

Portanto, a decisão do STF determinou os efeitos da sanção à norma inconstitucional. Embora tenha, no plano abstrato, reconhecido a inconstitucionalidade da Lei Estadual, estabeleceu que em vez de ela se operar retroativa e indiscriminadamente, caberia ao parlamento estadual do Rio de Janeiro determinar a forma de devolução, mediante compensação e/ou parcelamento dos pagamentos pretéritos. Porém, a invalidação, *pro futuro*, é plena, implicando a necessidade imediata de cessação de aplicação da norma inconstitucional.

Assim, considerou-se a impossibilidade de retorno ao *status quo ante* à inconstitucionalidade, porque a decisão do STF não “recriaria” os recursos financeiros, porque obrigar os municípios à devolução imediata, ao Município do RJ, junto com o Estado do RJ, prejudicaria diretamente a população destes municípios. Daí a necessidade de modulação dos efeitos.

---

<sup>537</sup> Id., Ibid. Voto do Relator.

<sup>538</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Marco Aurélio. p. 487.

<sup>539</sup> Id., Ibid. Voto do Min. Marco Aurélio. p. 489-490.

## CONCLUSÃO

1. É indispensável distinguir a inconstitucionalidade da nulidade ou anulabilidade. A inconstitucionalidade é vício que macula o ato ou a omissão constitucional; a nulidade (invalidade ou anulabilidade) é sanção que apenas pode atingir o **ato inconstitucional**. Na Constituição, comprovam tal distinção a ADI interventiva (art. 34, incisos VI e VII, a ADI por omissão (art. 103, § 4º), que dissocia o vício da sanção; na Legislação, o art. 27 da Lei 9868/99; e na jurisprudência, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle abstrato, asseveram um duplo juízo: a) o da inconstitucionalidade; b) o do efeito temporal da sanção à inconstitucionalidade.

2. O juízo de inconstitucionalidade é argumentativo, decorrente de uma relação de incompatibilidade, formal ou material, entre uma Constituição e uma norma ou ato normativo. A inconstitucionalidade fundamenta-se na hierarquia normativa que garante a supremacia, forma e material, da Constituição. Os atos inconstitucionais pertencem ao sistema, mas o vício autorizará o seu expurgo mediante a sanção. O juízo de inconstitucionalidade fundamenta-se na norma-parâmetro invocada pelo autor da impugnação, mas poderá ser diversa daquela suscitada, razão pela qual somente a análise da *ratio decidendi* permitirá afirmar qual(is) norma(s) constitucional(is) é (são) a(s) violada(s). Nas sentenças intermediárias de inconstitucionalidade, não há juízo de inconstitucionalidade. Logo, não se cogita de vício que autorize sancionamento.

3. A sanção à inconstitucionalidade é resposta da própria norma constitucional à sua violação. Por isso, nas situações em que as normas são ainda constitucionais (em processo de inconstitucionalização) não se cogita a invalidade. A sanção à inconstitucionalidade é gênero, que contempla diversas técnicas de proteção à Constituição, podendo ser pessoais (se recaem sobre o autor do ato inconstitucional) ou objetivas (recaem sobre o próprio ato) e, ainda, preventivas (anteriores) ou repressivas (posteriores à vigência do ato). Geralmente, as sanções são expressas por meio de normas (vide art. 103, § 2º da CRFB), mas, no caso da norma de invalidação, ela não está expressamente prevista, embora decorra da validade, da vigência e da eficácia da norma constitucional violada. Conquanto não seja inerente à validade da norma, a sanção oferece razões para que sejam cumpridas, respeitadas e observadas.



3.1 A sanção de invalidade do ato inconstitucional não é decorrência do sistema jurídico em geral, porque ele, *ipso facto*, não inclui ou exclui normas. A sanção é norma jurídica, a despeito da inexistência de expressão lingüística autônoma, pois estatui um mandamento ao julgador: a invalidação, *ex tunc*, dos atos inconstitucionais. O seu fundamento está na própria norma constitucional, ao lado do seu dever-ser primário e imediato, impõe ao julgador – como decorrência da sua eficácia bloqueadora - outro dever-ser autônomo, em caso de ela ser violada: a invalidação.

3.2 Os efeitos temporais da norma-sanção ao ato inconstitucional podem ser abordados sob uma perspectiva teórico-dogmática e sob uma perspectiva pragmático-sistemática. 3.2.1 Sob a primeira ótica (teórico-dogmática), inicialmente, entendeu-se que a lei inconstitucional seria sancionada com a inexistência jurídica. Contudo, doutrinaria e jurisprudencialmente, a inexistência normativa não apresenta critérios dotados de clareza e de certeza, devendo ser reservada tão-somente para os casos especialmente graves, em que o ato normativo: não advém de um órgão estatal; não foi publicado ou promulgado de uma fonte institucional reconhecida. 3.2.2 Depois, admitindo-se a invalidade como sanção, há duas teorias derivadas de modelos históricos que reconhecem a norma-sanção de nulidade (com efeitos temporais *ex tunc*) ou de anulabilidade (com efeitos temporais *ex nunc*) do ato inconstitucional. Essas teorias advêm, respectivamente, do sistema americano e do sistema austríaco de controle de constitucionalidade. Entretanto, a contraposição entre os modelos é desnecessária, pois atualmente eles se aproximaram com a adoção de sanções com eficácia temporal variável tanto num como noutro sistema. Os modelos de efeitos da norma-sanção de invalidade não são completos em si, porque dependem da valoração do ato inconstitucional pelas Constituições, o que impede a construção de uma teoria geral de invalidades constitucionais. Finalmente, é possível vislumbrar certa semelhança quando à eficácia temporal das sanções de nulidade e da anulabilidade: ambas impõem efeitos retroativos que visam ao desfazimento do passado, não importando que tais efeitos sejam meramente aparentes ou temporariamente legítimos: precisam ser desfeitos, uma vez verificado o vício de inconstitucionalidade, como consequência da norma-regra-sanção.

3.3 Sob a ótica pragmático-sistemática, a norma-sanção implica a invalidade e visa a apagar os efeitos jurídicos e sociais do ato inconstitucional para o passado

(*ex tunc*) e para o futuro. A norma-sanção depende de uma deliberação exclusiva, quanto à definitividade, pelo Poder Judiciário e que, sob a ótica do cidadão, não se diferencia quanto a efeitos meramente aparentes (o que seria o caso da nulidade) ou temporariamente válidos (o que seria o caso da anulabilidade).

3.4 A sanção de invalidade é norma-regra jurídica autônoma, com destinatário próprio, prescrevendo, imediatamente, um comportamento a ser adotado pelo julgador, com relação à invalidação do ato inconstitucional, que pré-define o que deve ser feito, e não prescreve apenas um ideal de coisas a ser promovido. Ela é norma não-escrita e está fundamentada na validade, na vigência e na eficácia da própria norma constitucional violada, segundo o juízo de inconstitucionalidade.

3.4.1 A sanção não pode ser admitida como um princípio jurídico, ou seja, não se pode aceitar a tese do “princípio da nulidade”. Em primeiro lugar, porque não se sabe exatamente o conceito de princípio jurídico adotado pelos que assim defendem. Em segundo lugar, porque se admitindo os conceitos mais difundidos de princípio, vê-se que o mandamento estabelecido pela norma-sanção não poderia ser o de um princípio jurídico: não há um mandamento para otimização (ALEXY), ou um fim a ser buscado, sem o estabelecimento das condutas necessariamente adotáveis (AVILA), cujo conteúdo normativo dependa, em ambos os casos, da complementação da normatividade de outros princípios. Há, ao contrário, uma conduta prescrita e pré-estabelecida a seguir, pelo aplicador. Em terceiro lugar, admitir a invalidação *ex tunc* como um princípio jurídico implicaria problemas à normatividade da Constituição, pois restaria em aberto a eficácia das normas constitucionais cada vez que violadas, sendo aplicada ao modo “mais ou menos” a sua sanção, e estaria indeterminado o próprio comportamento exigido a promoção do princípio jurídico. Em quarto lugar, como a idéia-base da ordem jurídica é que a inconstitucionalidade deve ser sancionada com a invalidade retroativa, se a invalidação fosse um princípio jurídico, seria um mandamento para des-otimização. Em outras palavras, o que existiria é um princípio que determina a redução da sua otimização (pois a nulidade já é o grau máximo) e, assim, deveria ser des-realizada.

3.4.2 A sanção de invalidação é norma-regra jurídica destinada ao julgador, imediatamente comportamental, com descrição precisa do seu dever-ser (deve-se invalidar os efeitos jurídicos e fáticos), que se aplica mediante subsunção (e não ao estilo mais ou menos), com o fito de re-estabelecer a vigência, a validade e a eficácia da norma constitucional violada. Realiza-se com isso, presumidamente, a

supremacia da Constituição. Entretanto, em face da co-incidência de certas normas constitucionais, possibilita-se a superação dessa regra jurídica.

4. A questão da modulação dos efeitos temporais da sanção de invalidade é um problema de superação da norma-regra jurídica. A vigência prolongada das normas, ainda que contrárias à Constituição; as dificuldades práticas de lidar com a desconstituição dos efeitos do ato inconstitucional; o receio de que a invalidação retroativa resultasse em catástrofes e, por conseqüência, reduzisse as declarações de inconstitucionalidade pelos Tribunais; todos são fatores que impulsionaram a superação da invalidação *ex tunc* do ato inconstitucional.

4.1 Nessa perspectiva, dois modelos se destacam: a experiência americana e a experiência portuguesa. 4.1.1 No Direito Americano, atualmente, prepondera a tese da invalidação *ex tunc* (nulidade) do ato inconstitucional, embora tenha havido exemplos de modulação dos efeitos temporais da invalidade. Duas são as lições que devem ser apreendidas daquele sistema: a) a excepcionalidade dos casos de modulação dos efeitos temporais; b) a necessidade de profunda fundamentação, quando este mecanismo de superação da regra for indispensável. O conseqüencialismo causal e as razões de política judicial, utilizados como parâmetro para a superação da regra, não devem ser admitidos, por consistirem juízos meramente políticos. 4.1.2 No Direito Português, o art. 282 da Constituição estabelece a possibilidade de modulação da eficácia temporal da invalidação, diante de razões de equidade, de segurança jurídica e de excepcional interesse público. Segundo parte da doutrina, esse último caso autorizaria a realização de modulações para a tutela de questões políticas, com que outra parte da doutrina não concorda. De fato, no Direito Lusitano tem crescido o número de declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos.

4.2 No Direito Brasileiro, há propostas para justificar a limitação dos efeitos temporais da invalidação mediante a realização de uma ponderação orientada pelo postulado normativo aplicativo da proporcionalidade. Entretanto, neste trabalho, há avanços nos critérios para a modulação dos efeitos: a) são estabelecidos requisitos formais que restringem o âmbito de aplicação da fórmula da modulação dos efeitos, para além do quórum de julgamento do art. 27 da Lei 9.868/99; c) focaliza-se, primeiro, na justificação para não-aplicação da norma-regra de invalidade *ab origine*, ou, para utilizar a terminologia tradicional, para a “não-aplicação da nulidade do ato inconstitucional”, ao contrário de se partir diretamente para um juízo de ponderação

e/ou proporcionalidade entre as normas constitucionais; d) demonstra-se que a modulação de efeitos da sanção de invalidade é decorrência da co-incidência de certas normas constitucionais, que rompem a autoridade da norma-regra-sanção.

5. A supremacia da Constituição, que é o fim mediato da norma-regra-sanção de invalidade, não é princípio ou regra jurídica. Ela é, ao contrário, metanorma – postulado normativo aplicativo – enquanto espécie de norma que coordena a aplicação das normas constitucionais, estabelecendo uma diretriz de aplicação e de interpretação, de tal forma que, ao final, prevaleça a melhor vontade da Constituição. Exatamente por isso, quando se cogita da restrição dos efeitos da norma-sanção invalidatória está-se deixando de aplicar a sanção para fins de promover outra norma constitucional, e não se rompe, pois, com a supremacia da Constituição.

5.1 A supremacia da Constituição se realiza presumidamente com a invalidação *ex tunc* da norma inconstitucional. Exclui-se a invocação inicial do intérprete-aplicador à totalidade das normas constitucionais para definir os efeitos no caso. Somente no momento da aplicação da norma-sanção com efeito retroativo, o julgador deverá considerar a possível co-incidência de outras normas constitucionais, como razão para superar a regra da invalidade *ex tunc*, sem violentar o fim mediato da norma-regra de invalidação (garantia da supremacia da Constituição), a depender do grau desta co-incidência. O postulado da unidade da Constituição impõe a consideração da possibilidade de incidência de certas normas constitucionais, o que ocorre sobre o mesmo suporte fático do ato inconstitucional.

5.2 Essas outras normas constitucionais, além de deverem ser pertinentes ao caso, poderão ter sido concretizadas de tal forma que justifiquem excepcionar a norma-regra invalidatória. Isso dependerá, porém, após o rompimento da regra, da redefinição da eficácia das normas, harmonizando-se as normas (princípios) constitucionais colidentes que justificam a invalidação *ex radice* e que justificam a restrição dos efeitos temporais. Logo, o postulado da supremacia da Constituição não se confunde com a supremacia de uma norma constitucional isolada. Parte-se, necessariamente desta norma isolada, mas pela incidência de outras normas constitucionais devidamente identificadas pelo seu *pedigree* constitucional, devidamente sopesadas e conclusivamente mais pesadas, supera-se a norma-regra-sanção de invalidade e pode-se, ao final, concluir pela modulação dos efeitos.

6. A co-incidência normativa sobre o mesmo suporte fático do ato inconstitucional é fenômeno ligado à eficácia das normas jurídicas. As eficácias são

divididas em: a) eficácia nomológica, ou normativa, a qual leva à incidência da norma. Assim, a eficácia nomológica corresponde à qualidade da incidência da norma sobre o suporte fático (realidade), tornando os fatos da vida “fatos juridicamente relevantes”. b) eficácia jurídica, que é o conjunto de conseqüências jurídicas imputados aos fatos jurídicos. São os efeitos (decorrências) gerados pelo próprio fato jurídico, numa relação causal-jurídica. c) eficácia social, que advém com a aplicação da norma e pelo seu respeito social voluntário. Ela se verifica quando há eficácia do Direito, que nada mais é do que um juízo de constatação acerca do cumprimento da norma jurídica (se se tornaram reais as conseqüências jurídicas previstas). É a real obediência (efetividade) da norma.

6.1 A eficácia nomológica (normativa) e a jurídica não dependem da validade da norma, mas da sua vigência, razão pela qual o ato inconstitucional poderá ter eficácia, mesmo inválido. Entretanto, a despeito dos efeitos – jurídicos e fáticos – estarem casualmente vinculados à eficácia nomológica de certas normas, outras também podem – conquanto não os tenham gerado – incidir sobre a mesma realidade e ter eficácia normativa sobre esta, impedindo o desfazimento. Tais normas, contudo, não são quaisquer.

6.2 Apenas as normas de direito fundamental podem co-incidir sobre a mesma realidade, por duas razões: a) o suporte fático – pressuposto para a incidência - das normas de direito fundamental são os atos normativos estatais, como manifestações de poder, exclusivamente derivados do Estado. Assim, a Lei, como qualquer ato normativo, é fato político, é ato estatal, é manifestação e exercício de poder político, pouco importando se legítimo ou ilegítimo o fim visado; b) unicamente as normas de direitos fundamentais têm atributos peculiares, distintos das demais normas constitucionais: b.1) significado jurídico-objetivo para a comunidade política, o que implica a irradiação de efeitos sobre todos os atos públicos; b.2) imperiosa vinculação dos órgãos estatais, aí incluindo o dever de proteção e promoção exigível do Poder Público, inclusive por parte do Poder Judiciário, quando diante de um processo de constitucionalidade (art. 5º, § 1º da Constituição Brasileira). A depender do grau de co-incidência, poderá, então, haver superação da norma-regra-sanção, pelo rompimento das razões de obediência à norma-regra.

6.2.1 São normas de direito fundamental não apenas aquelas expressamente previstas no texto constitucional do art. 5º, 6º e 7º (CFRB/88), como também aquelas

normas de direito fundamental atribuídas/implícitas e decorrentes que protejam diretamente a dignidade da pessoa humana. Normas de direito fundamental implícitas – ou atribuídas – são aquelas subentendidas nas normas expressamente positivas, decorrentes de uma relação de fundamentação que afasta eventual indeterminação quanto ao objeto e quanto à forma de sua proteção. Normas de direito fundamental decorrentes são as que advêm dos princípios fundamentais adotados pela Constituição Brasileira, especialmente conectadas com a proteção da dignidade humana.

6.3 As normas de direito fundamental co-incidentes estão sintetizadas no art. 27 da Lei 9.868/99, pelos conceitos jurídicos ali previstos. A segurança jurídica, pressuposto para a restrição dos efeitos temporais da invalidação, é norma de direito fundamental atribuída ou implícita. Ela é derivada, dedutivamente, do princípio do Estado de Direito (art. 1º da CRFB) e indutivamente a partir das inúmeras normas que defendem a estabilização (ato jurídico perfeito, coisa julgada, direito adquirido – art. 5º, inciso XXVI da CRFB). Em sentido objetivo, tutela a estabilidade, a ordem e a paz de determinadas realidades ou situações, independentemente de quem seja o beneficiado com tal estabilidade. Por isso, durante um longo tempo de vigência do ato inconstitucional ou diante da produção de certos efeitos, a norma de direito fundamental poderá incidir. Em sentido subjetivo, conhecida como proteção à confiança, impõe ao Judiciário a proteção de situações que tenham despertado a crença e certa expectativa de definitividade por parte dos titulares de direitos fundamentais, em razão de conduta imputável ao Estado e que, posteriormente, em face de outro ato Estatal, vêm a ser frustradas. Por isso, despertada confiança no cidadão, a depender de certos atos do Estado, a norma de direito fundamental da segurança jurídica em sentido subjetivo poderá incidir.

6.4 O excepcional interesse social encontra guarida na Constituição Brasileira, mas apenas quando se trata de matéria de desapropriação (art. 170). Em primeiro lugar, deve-se compreendê-lo como excepcional interesse público, como, aliás, corrigiu o legislador ordinário, posteriormente à Lei 9868/99, ao editar o art. 4º da Lei nº 11.417/2006. Em segundo lugar, o interesse público a ser considerado é apenas aquele que albergue aquelas hipóteses em que possíveis outras normas de direitos fundamentais co-incidam.

7. A invalidade *ex tunc* do ato inconstitucional é norma-regra dirigida ao julgador, que não pode ser afastada injustificadamente. Primeiro, porque tal conduta

implicará violação à justiça formal, a qual impõe julgamento igual em situações iguais. Segundo, porque implicará imprevisibilidade e incerteza nas decisões sobre a constitucionalidade de atos.

7.1 A superação da regra da eficácia retroativa da invalidade é excepcional, e não ordinária e, para se lograr tal superação, devem ser demonstradas as condições necessárias no caso, pontual e especificamente. A superação não significa vulnerá-la ou torná-la um princípio.

8. Em primeiro lugar, para a superação da norma-regra da invalidade *ex tunc*, segundo a Legislação, a Constituição e os Precedentes do Supremo Tribunal Federal, é preciso a observância de requisitos formais.

8.1. O quórum de deliberação é de maioria de dois terços dos seus membros, isto é, de 08 dos 11 Ministros do C. Supremo Tribunal Federal, segundo o art. 27 da Lei 9.869/98.

8.2 Segundo a jurisprudência **dominante** do Supremo Tribunal Federal, apenas quando se tratar de juízos de inconstitucionalidade em decorrência de ação normativa estatal, verificado a partir de atos normativos pós-constitucionais comparados com a Constituição em vigor, será admissível a modulação dos efeitos da norma-sanção, com base no art. 27 da Lei 9.868/99. Assim, não é admissível a modulação em hipóteses de não-recepção de normas pré-constitucionais e em juízos afirmativos da constitucionalidade de leis.

8.3 Em princípio, não se deve admitir a modulação dos efeitos temporais da norma-sanção de invalidade postulada tão-somente no recurso de embargos de declaração. 8.3.1 A prática do Supremo Tribunal Federal demonstra majoritariamente a impossibilidade de tal procedimento de julgamento, pois não vinha admitindo a interposição de embargos de declaração para a postulação da modulação dos efeitos da sanção à norma inconstitucional. 8.3.2 Ademais, não há omissão no acórdão que não fixa os efeitos temporais da invalidade na decisão de inconstitucionalidade, tendo em vista que a ausência de determinação implica invalidade *ex tunc*, do ato inconstitucional, escudada na norma-regra de invalidação retroativa. A admissão de uma norma que autorize os embargos de declaração como instrumento para modulação de efeitos da sanção de invalidade implicaria considerar omissos todos os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que não se manifestassem expressamente sobre os efeitos, e contrariaria a própria validade e vigência da norma-regra sanção.

8.3.3 Finalmente, processar e admitir o recurso de embargos de declaração para modificar os efeitos temporais da sanção implicaria violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, a menos que se reconhece o direito de o interessado na preservação da eficácia ordinária da regra (*ex tunc*) de ser ouvido no procedimento. Àquele a quem beneficiou o provimento de procedência – ou que tinha interesse em afirmar uma interpretação da Constituição – não se terá outorgado possibilidade de se manifestar antes da decisão nos embargos de declaração, pois este recurso não admite o contraditório, como regra. Logo, poderá ocorrer que a restrição temporal da eficácia da invalidação aconteça em prejuízo do direito do interessado na incidência da eficácia *ex tunc*, independentemente dele ter sido ouvido.

8.4 A não-aplicação de normas (jurídicas) constitucionais, ou a restrição da sua eficácia é inadmissível quando o fim de tal restrição é outorgar primazia ou superioridade a, por exemplo, 'bens comunitários superiores' – como a proteção das finanças públicas - invocados discricionariamente pelo intérprete-aplicador, sem que estejam juridicamente protegidos, por meio de normas. Isso implicaria prejuízo à normatividade das normas constitucionais em favor de interesses metajurídicos.

9. Para a superação da norma-regra-sanção da invalidação *ex tunc* também é preciso observar requisitos materiais. Os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade são decisivos nessa tarefa.

9.1 Em primeiro lugar, em face da co-incidência das normas de direito fundamental expressas ou atribuídas, deverá ser demonstrado que o ato inconstitucional promoveu/realizou tais normas de direito fundamental, de tal forma que a situação jurídica ou fática estabilizou-se (segurança jurídica em sentido objetivo) ou promoveu outros direitos fundamentais (segurança jurídica em sentido subjetivo ou outro interesse social).

9.1.1 A demonstração da excepcionalidade – em face da promoção das normas de direito fundamental – implica que o caso não seja tratado como aqueles que ordinariamente ocorrem, para a simples subsunção da norma-regra da invalidade *ex tunc*. Somente então cogita-se a possibilidade de superação da norma-regra da invalidade. Fundamental para a superação da regra é o postulado da razoabilidade-eqüidade, pois ele orienta a fundamentação do abandono da *invalidade ex tunc*, decisão essa que poderá ser universalizado nos seus elementos.

9.1.2 A excepcionalidade do caso que autoriza a superação da norma-regra



depende da constatação da eficácia suficiente da norma da segurança jurídica em sentido objetivo ou subjetivo ou de outra norma de direito fundamental, materializada pelo conceito jurídico de “excepcional interesse social”.

a) Quanto à norma da segurança jurídica em sentido objetivo, será necessário: a.1) O transcurso de lapso temporal que, em geral, deverá ser de, pelo menos, 05 anos desde a criação da situação fática inconstitucional; a.2) A existência de múltiplas relações jurídicas casualmente implicadas pela eficácia fática e jurídica (temporária) do ato inconstitucional, cujo desfazimento demonstrar-se inviável ou irreversível;

b) Quanto à norma da segurança jurídica em sentido subjetivo, será necessário: b.1) a vigência, durante um certo tempo inquestionado (não determinável) do ato normativo que tenha despertado confiança, sem reconhecimento da inconstitucionalidade ou mesmo sem discussão a respeito da questão; b.2) da conduta de confiança, de crença do destinatário do ato, em face da atuação estatal, materializada por atos concretos de obediência e cumprimento (efetividade do ato normativo, antes de ser declarado inconstitucional), ou, ainda, da confirmação de decisões anteriores afirmando a constitucionalidade do ato normativo, que reforçam a confiança dos destinatários das leis; b.3) de o destinatário do ato normativo não ter contribuído para a invalidade constitucional e nem, sabendo dela, pretendido beneficiar-se agindo de má-fé;

c) Quanto às demais normas de direito fundamental, eventualmente coincidentes, deve-se demonstrar que o ato inconstitucional, ao ser ter sido aplicado, promoveu e/ou concretizou estas normas de direitos fundamentais durante certo período de tempo, tornando a situação – embora ilegítima – imodificável sem sacrifício do próprio direito fundamental.

9.2 Demonstrada a excepcionalidade da situação, que implica o rompimento da norma-regra da invalidação *ex tunc*, sem arbitrariedade ou comprometimento da justiça formal, só então será possível re-definir o alcance temporal da invalidação, ou seja, superar a norma-regra, mediante a solução da colisão entre os princípios constitucionais que sustentam a eficácia retroativa ou prospectiva da sanção de invalidade e os que exigem a manutenção de efeitos.

9.3. Analisa-se, então, a relação entre meio (restrição da norma constitucional violada) e fins (promoção da norma co-incidente para a realização da Supremacia da Constituição) e a preservação da normatividade dos princípios imbricados (que

sustentam a manutenção dos efeitos do ato inconstitucional ou a sua eliminação), pelos sub-preceitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. 9.3.1 Partindo-se do meio utilizado para promover o fim, o julgador deverá considerar as implicações deste meio nos demais princípios constitucionais – co-incidentes no caso – e, ainda, se a promoção do fim (identificado na norma de direito fundamental) justifica o sacrifício destes outros princípios constitucionais simultaneamente incidentes. 9.3.2 Além de adequado, o meio deverá ser necessário. A necessidade está relacionada com a adoção de um meio alternativo à restrição da eficácia *ex tunc* que promova igualmente o fim, sem restringir demasiadamente as normas constitucionais violadas. Entretanto, o subelemento “necessidade”, em si, não é critério de eleição de uma eficácia temporal pretérita diferente da eficácia *ex tunc*. Ele serve tão-somente como critério de exclusão. 9.3.3 Finalmente, deve-se verificar se houve a observância da proporcionalidade em sentido estrito, que se equivale à ponderação entre os prós e os contras da adoção do meio para o fim visado, a partir da seguinte lei, retirada da doutrina “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. 9.3.4 Quando desse juízo de ponderação entre os benefícios gerados na realização de um princípio pela preservação dos efeitos do ato inconstitucional, e pela não-realização de outro (pelo não-cumprimento da norma constitucional violada) ou vice-versa, deve-se considerar que há uma preferência na proteção/realização das normas de direitos fundamentais que promoveram diretamente a pessoa humana sobre aquelas que apenas indiretamente os promovem.

9.4 Há, pois, uma relação de preferência na hipótese de tanto a norma constitucional violada quanto a norma co-incidente que proteja os efeitos do ato inconstitucional serem ambas normas de direito fundamental. Se a inconstitucionalidade do ato derivar de uma ofensa a alguma norma de direito fundamental direta (propriedade, liberdade, saúde, vida), dificilmente a restrição na sua eficácia invalidatória (*invalidade ex tunc*) poderá ser justificada, ou mesmo será aceitável, em razão da promoção a outra norma de direito fundamental (segurança jurídica ou excepcional interesse social), cujo grau de preservação de proteção à pessoa humana é apenas indireto.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milão: 1960.

ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional com teoría de la fundamentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

\_\_\_\_\_. Los Derechos fundamentales. In: \_\_\_\_\_. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 12-35. (Série Teoria Jurídica y Filosofia del Derecho, n. 28).

\_\_\_\_\_. **A fórmula peso**. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luis Afonso Heck Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008a.

ALVIM, Tatiana Araújo. Apontamentos sobre a estrutura lógica da norma jurídica. **Revista do Mestrado em Direito**, Maceió: Nossa Livraria, ano I, p. 189-213, jan./dez. 2005.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. Poder de iniciativa e inconstitucionalidade da lei. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 340-366, abr./jun.1961.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

AVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, p. 6, abr./maio 2002. Disponível em:

<[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 10 fev. 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Ruy. **A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1936.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em 12 jan. 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano V, v. 22, n. 22, p. 80-81, out./dez 1972.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. V. 3.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Primeira parte – teoria geral da norma. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso: em 02 mar 2009.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso: em 02 mar 2009.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452/43, de 1º de

maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso: em 20 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5869/73, 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso: em 02 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941.. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso: em 02 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.868/99**, 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o controle de constitucionalidade das leis. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso: em 20 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 9.784/99**. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.132/62**. Dispõe sobre a desapropriação por interesse social. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.717/65**. Dispõe sobre a ação popular. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3-819**. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de out. 2007a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN Nº 3.660-2**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br> . Acesso em: 10 out. 2007b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 559.943/RS**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2007c.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC. 70.514**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 23 março de 1994. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2007d.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 147.776-8**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 maio 1998. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2007e.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 401.953/RJ**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 16 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2007f.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 35-370**. Relator: Min. Henrique D'Ávila. Brasília, 14 maio de 1957. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2007g.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 84.230/PR**. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 30 de setembro 1976. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 18 out. 2007h.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1.102-2**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 05 de outubro de 1995. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 22 out. 2007i.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n 7.423-CE**. Relator: Min. Luiz Galloti. Brasília, 1960. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 22 out. 2007j.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 513-8- DF**. Relator: Ministro Célio Borja. Brasília, 14 de junho de 1991. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 22 jan. 2007k.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 103.619-RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 27 de maio de 1980. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 22 out. 2007l.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 57.310-PB**. Relator. Ministro Antônio Villas Boas. Brasília, 15 de agosto de 1964. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 22 out. 2007m.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 136.215-RJ**. Relator: Ministro Octávio Galloti. Brasília, 06 maio de 1993. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 22 out. 2007n..

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 370.682/SC**. Relator. Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 25 de maio de 2006. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 26 out. 2007o.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1102/DF**. Relator: Ministro Mauricio Correa. Brasília, 05 de outubro de 1996. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)> . Acesso em: 26 out. 2007p.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 559.943-4/RS**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 out. 2007r.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência 7.204-1/MG**. Relator: Ministro Carlos Brito. Brasília, 29 de jun. 2005. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em 28 out. 2007s.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 651**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de abril de 1992. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 out. 2007t.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2-1-DF**. Relator: Ministro Paulo Brossard.

Brasília, 06 de fev. de 1992. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2007u.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de inconstitucionalidade 2240/BA**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br >. Acesso em: 28 out. 2007v.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 78.533-SP**. Relator. Ministro Firmino Paz. Brasília, 13 de novembro de 1981. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2007w.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3022/RS**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 02 de set. 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04 nov. 2007x.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2240/BA**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2007y.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança 9.757**. Relator: Ministro Pedro Chaves, Brasília, 17 de abril de 1963. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2008a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n 78.290**. Relator: Ministro Aliomar Baleiro. Brasília, 04 de junho de 1974. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 05 jan. 2008b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 79.594-SP**. Relator: Min. Bilac Pinto, Brasília, 07 de junho de 964. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 05 jan. 2008c.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 85.179**. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, 10 de agosto de 1984. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2008d.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 103.619-RJ**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 27 de maio de 1980. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2008e.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na ADIN 3.756**. Relator: Ministro Carlos Aires Britto. Brasília, 21 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2008f.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 559.943**. Relator: Ministra Carmen Lucia. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2008g.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3458/GO**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 21 de fevereiro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2008h.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 593.714**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2008i.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.501**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de novembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2008j.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240-7**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2008k.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.522/01**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 20 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso dia 23 jan. 2008l.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 jan. 2008m.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 370.682/SC**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 jan. 2008n.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040**. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 31 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2008o.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na ADI nº 1.498-6**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Redator para acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de abril de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2008p.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2728/AM**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2008q

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucional 2.840-5**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2008r.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Ação Originária nº 1047**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2008s.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Reclamação 6453**. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2008t.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de**



**Inconstitucionalidade 2713.** Relatora: Ministra: Ellen Gracie. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 20 mar.2008u.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental 587430.** Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2008v

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2728/AM.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 abr. 2008w.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na ADI nº 1.498-6.** Relator: Ministro Ilmar Galvão. Redator para acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 10 de abril de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2008x.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n 24.268-0/MG.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 jun. 2008y.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n 24.268-0/MG.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 jul. 2008z.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2728/AM.** Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 04 jan. 2009a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.615.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 30 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2009b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de inconstitucionalidade 2240/BA.** Relator. Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2009c.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.615.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 30/08/2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2009d.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 401.953** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 16 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2009e.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 160486/SP.** Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 11 de outubro de 1994. Disponível em: <www.stf.gov.br> . Acesso em: 20 abr. 2009f.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.632-01/BA.** Relator: Ministro Sepulveda Pertence. Brasília, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2009g.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.615**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 30 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2009h.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de inconstitucionalidade 2240/BA**. Relator. Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2009i.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.917-8**. Relator: Ministro Mauricio Correa. Brasília, 06 de junho de 2002. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2009j.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 434.222-7**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 14 de jun. 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2009l.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 442.683**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 13 de dez. 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br >. Acesso em: 10 ago. 2009m.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 122.202/MG**. Relator: Ministro Francisco Resek. Brasília, 10 de agosto 1993. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 ago. 2009n.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3022/RS**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 02 de agosto de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 set. 2009o.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2907/AM**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília, 04 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 set. 2009p.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.819-2/MG**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 24 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2009q.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1267**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 30 de setembro de 2004. Disponível em:<www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2009r.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 401.953**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 16 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 out. 2009s.

BREWER-CARIAS, Allan R. La jurisdicción constitucional em America Latina. In: BELAÚNDE, Garcia; SEGADO, Fernandes (Orgs.). **La jurisdicción constitucional em iberoamerica**. Madrid: Dykinson, 1997. p. 120-161.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem – a teoria do**

**discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1958.

CABRAL, Silvana Nobre de Lima. A supremacia da constituição e os efeitos do art. 27 da lei 9.868/99. In: **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Manaus, n. 2, p. 58-71, 2003.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. I.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 61, p. 71-92, 1994. p. 86.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTRO, Roberto de Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, ano 92, v. 335, p. 17-44, jul./ago./set 1996.

CLÈVE, Clèmerson Melin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 128-130.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 12, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América.** Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. Capinas: Russel, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro Régis do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n 9.784/99). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da legalidade da administração pública e da

segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Cadernos de Direito Público, Porto Alegre: PGERs, v. 27, n.114, p. 13-32.

DELLA GIUSTINA, Vasco. **Leis municipais e seu controle de constitucionalidade pelo tribunal de justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 131.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2000.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leis inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 22, n. 92, p. 12-13, out./dez.1989.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, Pernambuco, n. 12, p. 155-178, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1976.

\_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1985.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional do trabalho**: estudos em homenagem ao Prof. Amauri Mascaro do Nascimento. São Paulo: Letras, 1991. v.I, p. 73-74.

\_\_\_\_\_. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868 de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de Dezembro de 1999). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

FERREIRA, Pinto. **Da constituição**. Tese de concurso apresentada à livre docência de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Universidade do Recife, Recife, 1946.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meures. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

GALLOTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 170, p. 24-25, out.

dez. 1987.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4. São Paulo: Malheiros: São Paulo, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, Porto Alegre, n. 29, p. 05-39, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional – teoria da nulidade vs. teoria da nulificabilidade das leis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. A garantia jurisdicional da Constituição. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 35, p. 200-235, 1995.

LARENZ, Karl. **Derecho justo – fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 1985.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da ciência jurídica**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

LIMA, Christina Aires Correa. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: RT, n. 27, p. 185-207, 1999.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo:

Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 6, n. 13, p. 291-309, jan./jun. 2001.

MAFINI, Rafael da Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klau Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 2, p. 241-254, jan./jun. 2006

MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, p. 229-257, set. 2002.

MAURER, Hartmut. Idéia e realidade dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Contributos para o direito do Estado**. Jurisdição constitucional. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

\_\_\_\_\_. Garantia da continuidade e proteção à confiança. In: \_\_\_\_\_. **Contributos para o Direito do Estado**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional. **Contributos para o direito do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

MELLO, Celso Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 06, p. 327-338, abr./jun.2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico - plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico - plano da validade**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico - plano da eficácia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico** - plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das constituições rígidas**. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Cadernos de direito constitucional – 2006**. Comentários à lei 9.869/99. Disponível em <[www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br)>. Acesso em: 14 fev. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHELON JR, Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Ciência Jurídica Nova Alvorada, n. 40, p. 48-73, jan./jun. 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. Tomo II.

\_\_\_\_\_. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NERY, Rosa Maria. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVEIRA, Aline Lima. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

PALU, Osvaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. Conceitos, sistemas e

efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

POLLETI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. Tomo V.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1965.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1968, Tomo IV. p. 131.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1/69**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRESA, María Concepción Gimeno. *Interpretación y derecho*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2001. (Série Teoria Jurídica y Filosofia Del Derecho, n. 21).

PRIBERAM. **Dicionário eletrônico unificado de português**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/dlpo.aspx>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos fundamentais. teoria geral**. Coimbra: Coimbra, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. Capítulo V.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Lúmen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: \_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade e a lei 9868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.



SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**. New York: Claredon Univestiy Press, 2002.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

\_\_\_\_\_. Constituição e segurança jurídica. In: ANTUNES, Carmem Lúcia (Org.). **Constituição e segurança jurídica, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004b.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa, 1988.

STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 339-350, jan./mar. 1960.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORRES, Jesus García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1986

TRIBE, Laurence H. **The american constitucional law**. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen (normas jurídica/proposição jurídica). In: **Revista Nomos**, Fortaleza, n. 4, p. 22-61, 1982.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZANDER, Michael. **The law-making process**. 5. ed. London: Butterworths, 1999.