

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Christiane Costa Assis

**MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA**

Belo Horizonte

2014

Christiane Costa Assis

**MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: José Adércio Leite Sampaio

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A848m Assis, Christiane Costa  
Modulação temporal de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade e segurança jurídica / Christiane Costa Assis. Belo Horizonte, 2014.  
179f.: il.

Orientador: José Adércio Leite Sampaio  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Segurança jurídica. 2. Controle da constitucionalidade. 3. Revisão judicial.  
I. Sampaio, José Adércio Leite. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.4

Christiane Costa Assis

**MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Dr. José Adércio Leite Sampaio (Orientador) – PUC Minas

---

Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior – PUC Minas

---

Dr. Daniel Sarmento – UERJ

Belo Horizonte, 04 de abril de 2014.

*À minha mãe, por sempre me apoiar.*

## AGRADECIMENTOS

À Deus, por mais essa conquista.

Ao meu orientador de mestrado, Professor José Adércio Leite Sampaio, cujas valiosas lições levarei para a vida. Obrigada pela paciência, pela atenção, pelo acolhimento e por ser sempre acessível. Sem as orientações do “mestre dos magos” é impossível sair da “caverna do dragão”.

Ao meu orientador de estágio em docência, Professor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, a quem admiro como exemplo de magistério. Obrigada pela confiança, pelos ensinamentos e por me proporcionar uma real experiência da docência no Ensino Superior.

À Professora Lusía Ribeiro Pereira, pelas orientações metodológicas, pelos conselhos para a vida, e ainda pelas boas conversas das quais tenho o privilégio de participar desde a minha graduação em Direito.

Aos demais professores da PUC Minas com os quais tive o privilégio de conviver, em especial: Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Edimur Ferreira de Faria.

À professora Marieta Torres de Abreu Assis e as professoras da família Daniel da Costa. Nos meus anos de mestrado aprendi a admirá-las ainda mais.

Aos amigos cujo apoio foi fundamental, em especial: Aislan Maia, André Filipe Loureiro e Silva, Camila Silveira de Paula, Cândice Lisbôa Alves, Francisco de Aguiar Menezes e Marina Vitória Alves.

Aos amigos da PUC Minas, em especial: Ana Cristina Teixeira, Erinalda Oliveira, Fernando Pereira, João Paulo Mendonça, Luciana Martins, Rhaina Machado e Thiago Silva.

A todos que de alguma forma contribuíram para este trabalho, muito obrigada.

## RESUMO

A presente dissertação realizou estudo exploratório da doutrina acerca da restrição dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que aplicou tal restrição, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. O objetivo foi analisar o atendimento aos requisitos da segurança jurídica aplicada à modulação temporal de efeitos nesse sistema de controle. Foi realizado levantamento bibliográfico para apresentar os fundamentos conceituais da segurança jurídica e de seus requisitos e ainda os fundamentos do controle de constitucionalidade, suas modalidades e possíveis efeitos, expondo-se as críticas doutrinárias sobre cada ponto. Realizou-se também a análise de alguns dos casos no quais o Supremo Tribunal Federal aplicou a modulação temporal em Ações Diretas de Inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica, no intuito de se verificar o atendimento aos requisitos da segurança jurídica em cada um deles. Como resultado foi possível observar que a modulação decorre da supremacia da Constituição que impõe o respeito à segurança jurídica constitucionalmente garantida e que os requisitos da segurança jurídica somente podem ser verificados diante dos dados concretos dos casos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, não sendo possível qualificar, de forma generalizada, a modulação temporal dos efeitos como positiva ou negativa.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Controle de constitucionalidade. Modulação temporal.

## **ABSTRACT**

This dissertation conducted an exploratory study of the doctrine concerning the limitation of the effects of the decisions of unconstitutionality and the jurisprudence of the Supreme Court imposing such restriction, in the concentrated judicial review. The objective was to analyze the compliance with the requirements of legal certainty applied to the temporal modulation of the effects in this control system. It was conducted a literature research to introduce the conceptual foundations of legal certainty and of its requirements and also the foundations of judicial review, its modalities and possible effects, exposing the doctrinal criticisms of each point. It have also performed an analysis of some of the cases in which the Supreme Court applied the temporal modulation in Direct Actions of Unconstitutionality for reasons of legal certainty, in order to verify the compliance with the requirements of legal certainty in each of them. As a result it was observed that the modulation arises from the supremacy of the Constitution which requires compliance with the legal certainty constitutionally guaranteed and that the requirements of legal certainty can only be checked before the actual data of cases submitted for consideration by the Supreme Court, so it is not possible to qualify, in a general way, the temporal modulation of the effects as positive or negative.

Keywords: Legal certainty. Judicial review. Temporal modulation.



## **LISTA DE ABREVIATURAS**

Art. – Artigo

## **LISTA DE SIGLAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ED – Embargos de Declaração

MC – Medida Cautelar

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 DIREITO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A JUSTIÇA</b> .....	<b>14</b>
2.1 Conceitos de justiça .....	15
2.1.1 <i>Hans Kelsen</i> .....	18
2.1.2 <i>Gustav Radbruch</i> .....	19
2.1.3 <i>John Rawls</i> .....	21
2.1.4 <i>Ronald Dworkin</i> .....	24
2.1.5 <i>Robert Alexy</i> .....	26
2.1.6 <i>Jürgen Habermas</i> .....	28
2.2 Segurança jurídica como requisito da justiça .....	30
2.2.1 <i>Fundamentos históricos da segurança jurídica</i> .....	31
2.2.2 <i>A filtragem da justiça</i> .....	37
2.3 O problema da justiça como valor moral .....	43
<b>3 A CONSTITUIÇÃO COMO RESERVA DE JUSTIÇA</b> .....	<b>49</b>
3.1 Conceitos de Constituição .....	56
3.2 Proteção constitucional da segurança jurídica .....	61
3.3 Segurança jurídica e proibição do retrocesso .....	66
<b>4 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>71</b>
4.1 Formas de controle de constitucionalidade .....	73
4.2 Jurisdição constitucional e legitimidade .....	75
4.3 Considerações sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil .....	79
4.3.1 <i>Aspectos gerais das ações do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro</i> .....	82
4.3.2 <i>Tipos de inconstitucionalidade</i> .....	87

<b>5 DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE CONCENTRADO E MODULAÇÃO DE EFEITOS .....</b>	<b>90</b>
5.1 Tipos de decisões .....	90
5.2 Efeitos das decisões .....	92
5.3 Modulação temporal de efeitos .....	96
5.3.1 <i>Modulação temporal de efeitos nos Estados Unidos</i> .....	96
5.3.2 <i>Modulação temporal de efeitos no Brasil</i> .....	101
<b><u>5.3.2.1 Possibilidade de modulação temporal de efeitos ex officio pelo Supremo Tribunal Federal</u></b> .....	<b>110</b>
<b>6 MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um balanço jurisprudencial .....</b>	<b>116</b>
6.1 Ação Direta Inconstitucionalidade 875 / DF .....	118
6.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240/BA .....	124
6.3 Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797/DF .....	129
6.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2904 / PR .....	134
6.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3022/RS .....	136
6.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3430/ES .....	139
6.7 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3615/PB .....	144
6.8 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3360/MS .....	147
6.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3819/MG .....	150
6.10 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029/DF .....	153
6.11 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4414 / AL .....	156
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>159</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>162</b>
<b>APÊNDICE .....</b>	<b>175</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro desde o seu nascedouro recebe influências estrangeiras e, mais uma vez, a comunidade jurídica se depara com um mecanismo que, embora difundido em outros países, vem causando polêmica: a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Tradicionalmente marcada pela retroatividade, a decisão de inconstitucionalidade pode produzir efeitos prospectivos tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. O debate, entretanto, ultrapassa referida previsão legal, uma vez que anteriormente à sua edição o Supremo Tribunal Federal já restringia os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade e poderá continuar a restringir mesmo que a lei seja retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho se propõe a analisar a modulação temporal de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, nas decisões de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em face do requisito da segurança jurídica. Embora o tema pareça ser inócuo para aqueles que entendem que as decisões do Tribunal são pautadas pela “vontade” dos Ministros, a discussão aqui proposta pode contribuir para o aperfeiçoamento da técnica da modulação, evitando-se cada vez mais decisões incompreensíveis do ponto de vista do Direito.

Rejeita-se também o argumento abrangente de que se trata de “importação de técnica estrangeira não aplicável ao Direito brasileiro”, pois sem o devido estudo e adaptação às particularidades locais nenhuma técnica servirá perfeitamente a algum ordenamento jurídico. Ademais, qualquer contribuição para o aperfeiçoamento do sistema merece ser objeto de estudo, pois sempre haverá algum progresso, ainda que seja o de decidir pela não utilização da técnica.

No âmbito acadêmico é frequente a preocupação com o marco teórico a ser utilizado. O problema da definição do marco teórico é o fato de que nenhuma teoria explica todo o Direito e mesmo a tentativa de utilizar uma só teoria para todas as explicações poderia implicar em distorção ou má compreensão dela. Lado outro, a construção de “uma colcha de retalhos” – expressão pejorativa comumente utilizada no âmbito acadêmico – de teorias não é condizente com a proposta de um trabalho científico, pois é necessário que o autor sistematize

suas ideias – e teorias quando for o caso – de forma a apresentar o problema, estado da arte, hipótese de trabalho e conclusões.

Feitas tais considerações, explica-se que o presente trabalho foi construído com base em obras de diversos autores, notadamente em obras do orientador, José Adércio Leite Sampaio, em função do tema e da linha de pesquisa adotada. Entretanto, na metodologia do trabalho científico definiu-se que o marco teórico não é constituído por um autor e sim por uma teoria, muitas vezes com nome determinado. Assim sendo, se é necessário dar nome à teoria que permeia o que será aqui apresentado, adota-se a teoria discursiva do direito em função da constante referência à participação popular e à necessidade de atendimento aos direitos fundamentais para efetivá-la de forma igualitária.

Retomando-se o tema do trabalho, as expressões “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” utilizadas pela Lei 9.868/99 são frequentemente analisadas e criticadas pela doutrina, além de demandarem esforço interpretativo dos aplicadores do Direito em função de sua amplitude. Consideradas no contexto da modulação temporal de efeitos do controle de constitucionalidade, cada uma delas exige pesquisa específica, o que obrigou a restrição do presente estudo à apenas uma delas: a segurança jurídica. Restringiu-se ainda o objeto à segurança jurídica aplicada ao controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, pois as decisões em sede de controle difuso também demandam um trabalho próprio.

Nessa proposta, no capítulo dois pretende-se realizar exposição da amplitude conceitual da segurança jurídica que se encontra atrelada à ideia de justiça – outro termo amplo – sem, entretanto, qualquer pretensão de se delimitar com precisão os conceitos. A intenção é um *brainstorm* (ou tempestade cerebral, em Português) para explorar as diferentes dimensões e potencialidades da segurança jurídica que afetam – ou deveriam afetar – as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

No terceiro capítulo tratar-se-á da Constituição como reserva de justiça, que reúne em seu texto discursos de legitimidade e legitimação. Serão apresentados diversos conceitos de Constituição e ainda a proteção constitucional da segurança jurídica que integra a reserva de justiça nela institucionalizada. Tratar-se-á ainda da conexão entre segurança jurídica, justiça e proibição do retrocesso, sendo a última um princípio implícito no sistema constitucional brasileiro.

A supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade serão objetos de estudo no quarto capítulo, no qual se apresentará o papel fiscalizador do Tribunal Constitucional, as formas de controle de constitucionalidade e ainda questionamentos doutrinários sobre a legitimidade do Tribunal para realizar o controle. Após, adentrar-se-á especificamente o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, apresentando-se breve síntese sobre sua história, seus aspectos gerais e os tipos de inconstitucionalidade possíveis.

No capítulo cinco serão apresentadas as consequências das decisões de inconstitucionalidade no controle concentrado, além dos tipos de decisões e seus possíveis efeitos, para então tratar da possibilidade de modulação dos efeitos temporais. Realizar-se-á exposição sobre a modulação de efeitos na Suprema Corte dos Estados Unidos, cujo sistema de controle de constitucionalidade influenciou originariamente o modelo brasileiro. Após, tratar-se-á da modulação temporal de efeitos no Brasil e suas controvérsias doutrinárias e ainda da possibilidade de modulação *ex officio* pelo Supremo Tribunal Federal.

No capítulo seis serão analisadas algumas decisões cujos efeitos temporais foram modulados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. O parâmetro de escolha das decisões que foram estudadas foi a relevância para a análise da modulação temporal de efeitos em face da segurança jurídica constitucionalmente protegida. Analisar-se-á a modulação realizada pelo Tribunal em face dos requisitos da segurança jurídica, cuja observância é obrigatória em decorrência da supremacia da Constituição.



## 2 DIREITO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A JUSTIÇA

Preambularmente faz-se necessária a advertência de Chaïm Perelman ao se lançar à discussão acerca do problema da justiça, pois assim como em sua obra *Ética e Direito* o presente trabalho não pretende defender um conceito de justiça acima de todos os outros (PERELMAN, 1996, p. 03) e, portanto, não utilizará o termo com letras maiúsculas<sup>1</sup> ou entre aspas. O objeto consiste unicamente em uma análise dos diversos conceitos de justiça no intuito de provocar a reflexão de que, independentemente de sua definição<sup>2</sup>, ela influencia a segurança jurídica, que pode ser entendida como um desdobramento da justiça em geral.

Discussões sobre a segurança jurídica são frequentes na Teoria do Direito, sendo também um tema rotineiro no contexto do Estado Democrático de Direito que almeja maximizá-la de modo geral. Entretanto, os efeitos da segurança jurídica também são objeto de estudo de outros campos do conhecimento, uma vez que aquela provoca impacto em toda a estrutura de um país. No campo da Economia, por exemplo, Adrián C. Guissarri utilizou resultados econômicos empíricos da Argentina para demonstrar que a insegurança jurídica representa uma perda de 35% do Produto Interno Bruto (PIB) do país (GUISSARRI, 2000, p.23).

Na história do Direito a segurança jurídica sempre foi tratada como uma das características cruciais do Estado de Direito, entretanto ampliou-se o debate para se analisar a imprescindibilidade de uma característica mais abrangente, qual seja: a justiça. Nesse novo viés, a legitimidade do Direito passou a depender da filtragem da justiça que, entre outros desdobramentos, contém a ideia de segurança jurídica.

---

<sup>1</sup> Explica Perelman: “Com efeito, todas as vezes que se trata de uma palavra com ressonância emotiva, de uma dessas palavras que se escrevem com maiúscula para mostrar bem claramente todo o respeito que se tem por elas, trata-se da Justiça, da Virtude, da Liberdade, do Bem, do Belo, do Dever, etc., é mister ficar alerta. Com demasiada frequência, nosso interlocutor, conhecendo o apreço que temos pelos valores que essas palavras designam, procurará fazer-nos admitir a definição que ele nos apresenta como a única verdadeira, a única adequada, a única admissível, da noção discutida. Às vezes, ele se empenhará em nos levar diretamente a aquiescer ao seu raciocínio, o mais das vezes usará de longos rodeios para nos conduzir ao objetivo que se propõe atingir” (PERELMAN, 1996, p. 04).

<sup>2</sup> “Não é, em absoluto, indiferente que se defina a justiça, o bem, a virtude, a realidade, deste ou daquele modo, pois com isso se determina o sentido conferido a valores reconhecidos, aceitos, a instrumentos muito úteis na ação, que constituem verdadeiras forças sociais. Admitir uma definição de uma noção assim é, longe de praticar um ato indiferente, dizer o que estimamos e o que desprezamos, determinar o sentido de nossa ação, prender-se a uma escala de valores que nos permitirá guiar-nos em nossa existência” (PERELMAN, 1996, p. 05).

## 2.1 Conceitos de justiça

O ponto de partida para o desenvolvimento das teorias sobre a justiça consiste na obra *A República* de Platão, na qual é possível observar três posturas acerca da justiça: a positivista, que define a justiça como a vontade do mais forte formalizada por meio das leis, ou seja, justiça como legalidade positiva; a jusnaturalista formal, que define a justiça como dar a cada indivíduo o que lhe corresponde; e a jusnaturalista material, que define a justiça como a plenitude e harmonia das virtudes na sociedade com o indivíduo (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 215).

A concepção positivista defende que a justiça somente pode ser considerada como valor intrínseco ao Direito positivo referente a uma atuação dentro da legalidade, pois ela se traduz na necessidade de aplicação adequada das normas gerais e abstratas (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 215). Antonio-Enrique Pérez Luño critica tal postura afirmando que ao se identificar a justiça com a legalidade e com o Direito positivo, a justiça se converte em uma noção supérflua que nega seu caráter de valor jurídico enquanto critério de inspiração e medida crítica da legalidade positiva (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 215).

A concepção formal e abstrata que era adotada pelos Romanos se traduz na ideia de tratar de forma igual seres iguais, porém referida concepção pode assumir diferentes variações de justiça concreta como, por exemplo, “a cada qual a mesma coisa”, “a cada qual segundo seus méritos”, “a cada qual segundo suas obras”, “a cada qual segundo suas necessidades”, “a cada qual segundo sua posição” ou ainda “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui” (PERELMAN, 1996, p. 09). Verifica-se uma concepção formal porque não há determinação das categorias essenciais à aplicação da justiça, o que permite o surgimento de divergências ao se passar de uma fórmula comum de justiça formal para fórmulas diferentes de justiça concreta (PERELMAN, 1996, p. 19). O problema da concepção formalista está na determinação de quais sujeitos devem pertencer a uma mesma categoria, e ainda na determinação do tratamento que deve ser conferido aos que pertencem ou não a uma das categorias (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 215).

A concepção material defende que o justo é o que está conforme o direito natural, sendo um valor que transcende o direito positivo por inspirá-lo, legitimá-lo e criticá-lo

(PÉREZ LUÑO, 1997, p. 215). Referida concepção foi “[...] a mais estreitamente vinculada ao desenvolvimento histórico do jusnaturalismo, associada às noções de bem comum, de liberdade ou igualdade” (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 215, tradução nossa)<sup>3</sup>.

Antonio-Enrique Pérez Luño, baseando-se em Aristóteles, aponta tipos de justiça que também podem ser compreendidos como dimensões. Em uma dimensão geral, a justiça pode ser denominada “justiça legal” por ser o meio para o cumprimento dos preceitos da lei que estabelecem as contribuições de cada membro da sociedade para a vida coletiva. Essa justiça garante a conservação da sociedade e ainda a possibilidade de que tal sociedade possa alcançar suas finalidades (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 216). Assim sendo, os governantes atuam como “arquitetos sociais” que projetam um plano de trabalho para proteger o bem comum (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 216).

O segundo tipo de justiça é a comutativa<sup>4</sup> que regula as relações entre pessoas iguais e estabelece a proporção entre o que se deve dar e o que se deve receber nas relações privadas. Trata-se de uma “[...] estrita igualdade baseada em um critério de equivalência” (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 217, tradução nossa)<sup>5</sup> que deve inspirar os negócios jurídicos na esfera privada. A justiça comutativa é marcada por uma igualdade absoluta entre bens e pressupõe a existência de pelo menos duas pessoas equiparadas uma à outra, sendo uma justiça própria das relações de coordenação (RADBRUCH, 1997, p.89).

O terceiro tipo de justiça é a distributiva, que estabelece critérios para a repartição dos bens e encargos públicos entre os membros da comunidade (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 217). É marcada por uma igualdade relativa no modo de tratar pessoas diversas e pressupõe a existência de pelo menos três pessoas, pois uma deverá estar em nível superior para distribuir entre as outras duas pessoas encargos ou vantagens sendo, portanto, uma justiça própria das relações de subordinação ou de supra-ordenação (RADBRUCH, 1997, p. 89). Segundo Pérez Luño, após a revolução burguesa as obras (o trabalho) e o mérito (meritocracia) se tornaram

---

<sup>3</sup> No original: “[...] la más estrechamente vinculada al desarrollo histórico del iusnaturalismo, asociada a las nociones del bien común, la libertad o la igualdad”.

<sup>4</sup> A ordem de apresentação dos tipos de justiça ora adotada busca apenas expor os diferentes conceitos de forma didática não se preocupando com a evolução de estágios de justiça, como o faz parte da doutrina. Cite-se o exemplo de Gustav Radbruch: “A justiça comutativa, sendo a justiça que tem lugar entre pessoas com iguais direitos, pressupõe necessariamente um ato anterior de justiça distributiva pelo qual se reconheceu aos interessados o seu igual direito, a mesma capacidade de comércio, o mesmo *status*. Isto mostra-nos que a justiça distributiva representa a forma primitiva de justiça (RADBRUCH, 1997, p. 89)”.

<sup>5</sup> No original: “[...] estricta igualdad basada en un criterio de equivalencia”.

os critérios de distribuição (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 217). Entretanto, há sempre o risco do utilitarismo que pauta as decisões pelas consequências empiricamente verificadas, pois para este será justa a distribuição que maximize o bem-estar coletivo e ofereça um total maior de utilidade (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 218).

A teoria da justiça distributiva ao regular as bases da repartição de bens, serviços e prestações sociais, assim como as contribuições dos cidadãos, está estreitamente relacionada com as grandes questões da *política econômica*. Entre as concepções mais debatidas na atualidade sobre este ponto há que se aludir à utilitarista, já que ainda que se trate de uma doutrina elaborada no século passado tem desfrutado de uma ampla difusão e constitui o ponto de referência das críticas das teorias mais influentes de nossos dias em relação à justiça distributiva: as devidas à Rawls, Dworkin, Nozick e Sen (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 217/218, tradução nossa)<sup>6</sup>.

A justiça social, por sua vez, consiste na síntese de diversos tipos de justiça por implicar a necessidade de contribuição dos indivíduos nos termos da lei para moldar o bem comum (justiça legal), a realização do equilíbrio da ordem social e econômica por meio da distribuição de bens e atribuições pelo poder público (justiça distributiva), e ainda o estabelecimento de uma ordem social e econômica que garanta o equilíbrio das relações entre os grupos sociais e os indivíduos (justiça comutativa) (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 219). Assim sendo, para se configurar a justiça social há uma “[...] exigência prévia e fundamentadora das relações de *subordinação* (governantes/governados) reguladas pela justiça legal e pela distributiva, e de *coordenação* (grupos e/ou particulares entre si) objeto da justiça comutativa” (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 219, tradução nossa)<sup>7</sup>.

Como desdobramento da justiça social, é interessante ressaltar a justiça socioambiental, cujo princípio norteador é o desenvolvimento sustentável, entendido como:

“[...] uso racional e equilibrado dos recursos naturais, de forma a atender às necessidades das gerações presentes, sem prejudicar o seu emprego pelas gerações futuras. Significa, por outra, desenvolvimento econômico com melhoria social das condições de todos os homens e em harmonia com a natureza” (SAMPAIO; DYRUD; NARDY, 2003, p. 47).

---

<sup>6</sup> No original: “La teoría de la justicia distributiva al regular las bases del reparto de los bienes, servicios y prestaciones sociales, así como las contribuciones de los ciudadanos, está estrechamente relacionada con las grandes cuestiones de la *política económica*. Entre las concepciones más debatidas en la actualidad sobre este punto hay que aludir a la *utilitarista*, ya que aunque se trata de una doctrina elaborada en el pasado siglo ha gozado de una amplia difusión y constituye el punto de referencia de las críticas de las teorías más influyentes de nuestros días en relación con la justicia distributiva: las debidas a Rawls, Dworkin, Nozick y Sen.”

<sup>7</sup> No original: “[...] exigencia previa y fundamentadora de las relaciones de *subordinación* (governantes/governados) reguladas por la justicia legal y por la distributiva, y de *coordinación* (grupos y/o particulares entre sí) objeto de la justicia conmutativa.”

A equidade intergeracional do direito ambiental consiste em verdadeiro princípio de justiça social, pois “[...] as presentes gerações não podem deixar para as futuras gerações uma herança de déficits ambientais ou do estoque de recursos e benefícios inferiores aos que receberam das gerações passadas” (SAMPAIO; DYRUD; NARDY, 2003, p. 53).

Antonio-Enrique Pérez Luño afirma que um novo protagonismo para a justiça social adveio da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, uma vez que neste os poderes públicos assumiram a responsabilidade de garantir aos indivíduos e grupos o exercício pleno e efetivo de seus direitos. Assim sendo, a justiça social consiste em um dos “valores-guia” para tal forma de Estado (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 219).

A delimitação da justiça não consiste em tarefa fácil em decorrência do problema de definição da justiça concreta, pois esta engloba necessariamente a fórmula da justiça formal associada a um posicionamento pessoal, o que não impede, entretanto, algum nível de acordo (PERELMAN, 1996, p. 32)<sup>8</sup>. A seguir pretende-se expor conceitos de justiça elaborados por alguns doutrinadores que se lançaram a tal desafio.

### ***2.1.1 Hans Kelsen***

Para Hans Kelsen a justiça é a felicidade garantida por uma ordem social, porém caso essa felicidade seja entendida como o sentimento subjetivo que cada indivíduo compreende para si mesmo, será inevitável que a felicidade de um entre em conflito com a de outro e, portanto, não há solução que viabilize uma igualdade de felicidade (KELSEN, 1997, p. 02). Assim sendo, “[...] uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número de pessoas” (KELSEN, 1997, p. 03).

---

<sup>8</sup> “Se a noção de justiça é confusa, é porque cada qual, ao falar dela, se crê obrigado a definir a justiça concreta. Daí resulta que a definição da justiça contém ao mesmo tempo a determinação das categorias consideradas essenciais. Ora, esta, como vimos, implica uma determinada escala dos valores. Ao querer definir a justiça concreta, engloba-se na mesma fórmula a definição da justiça formal e uma visão particular do universo. Onde divergências, mal entendidos e confusões tais que, prendendo-se às diferenças que opõem as diversas fórmulas, nem sequer se repara que elas têm um elemento em comum, a mesma concepção de justiça formal. Entretanto, mostramos que não há razão nenhuma para que o desacordo sobre a aplicação da justiça, resultante de diversas concepções da justiça concreta, impeça um acordo sobre a definição da parte formal da justiça” (PERELMAN, 1996, p. 32).

A ordem social deverá garantir a felicidade em seu sentido objetivo-coletivo, qual seja: a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social (o legislador) (KELSEN, 1997, p. 03). O reconhecimento deverá resultar da vontade da maioria dos subordinados, pois Kelsen defende a ideia de liberdade como o governo pela maioria e, se necessário, contra a minoria dos sujeitos governados (KELSEN, 1997, p. 04).

O conflito de interesses leva ao conflito de valores e este não pode ser solucionado pelos meios do conhecimento racional. Assim sendo, Kelsen afirma que sua Teoria Pura do Direito<sup>9</sup> não pretende responder às questões de ser determinado Direito justo ou injusto ou ainda do que constitui a justiça (KELSEN, 1997; p. 262).

Definir algo como justo ou injusto é um juízo de valor que, por natureza, tem caráter subjetivo por se basear em elementos emocionais, sentimentos e desejos humanos. Portanto, não é verificável por meio de fatos (KELSEN, 1997, p. 292/293). Por esse motivo a Teoria Pura do Direito separa por completo o conceito de Direito do conceito de justiça, pois naquela renuncia-se “[...] a qualquer justificação do Direito positivo por uma espécie de supra-direito, deixando essa tarefa problemática à religião ou à metafísica social” (KELSEN, 1997, p. 299). Para Kelsen, ainda que fosse possível uma definição objetiva do que é justo ou injusto, a justiça e o Direito deveriam se manter como conceitos diferentes (KELSEN, 1997, p. 292).

O Direito, por sua vez, configura uma ordem social coercitiva que tenta ocasionar aos cidadãos a conduta considerada desejável pelo legislador, prescrevendo atos coercitivos como sanções em casos de condutas opostas (KELSEN, 1997, p. 286). O Direito positivo consiste em uma lei criada por atos de seres humanos e que tem lugar no tempo e no espaço sendo, portanto, verificável por fatos objetivos (KELSEN, 1997; p. 294).

### ***2.1.2 Gustav Radbruch***

---

<sup>9</sup> Explica Kelsen: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – uma teoria geral do Direito, não uma apresentação ou interpretação de uma ordem jurídica especial. A partir de uma comparação de todos os fenômenos classificados sob o nome de Direito, procura descobrir a natureza do próprio Direito, determinar sua estrutura e suas formas típicas, independentemente de seu conteúdo variável que apresenta em diferentes épocas e entre diferentes povos. Dessa maneira, ela deduz os princípios fundamentais por meio dos quais qualquer ordem jurídica pode ser compreendida. Como teoria, seu único propósito é conhecer seu objeto. Responde à questão do que é o Direito, não do que deve ser. Esta segunda questão é uma questão de política, ao passo que a teoria pura do Direito é ciência.” (KELSEN, 1997, p. 261) Complementa o autor: “É ‘pura’ porque procura excluir da cognição do Direito positivo todos os elementos estranhos a este”. (KELSEN, 1997, p. 261).

Gustav Radbruch afirma que a ideia de Direito não pode ser diferente da ideia de justiça (RADBRUCH, 1997, p. 86), pois a segunda consiste em ponto de partida do primeiro, uma vez que o justo é um valor absoluto que não deriva de nenhum outro (RADBRUCH, 1997, p. 87). Entretanto, a justiça sozinha não é o bastante para se determinar o conteúdo do direito, pois ela ensina a tratar igualmente coisas iguais e desigualmente coisas desiguais sem, entretanto, ensinar o “como” e “em que ponto de vista” há igualdade ou desigualdade ou ainda qual a “espécie de tratamento” a ser aplicada (RADBRUCH, 1997, p. 159/160). Diante disso, são necessários outros dois elementos para se formar a ideia de Direito.

Ao lado da justiça está o elemento da finalidade do Direito que impede que este, na qualidade de norma reguladora da vida social, fique entregue ao arbítrio das diferentes opiniões dos indivíduos, devendo sempre buscar uma ordem social que fique acima da diversidade de opiniões (RADBRUCH, 1997, p. 160).

O terceiro elemento do Direito consiste na segurança que, como condição da paz social, exige a positividade do Direito. Diante da impossibilidade de se estabelecer o que é justo, deve-se ao menos buscar estabelecer o que será o Direito, o que deve ser feito por uma autoridade que tenha condições de impor a observância daquele (RADBRUCH, 1997, p. 160). A positividade é pressuposto da certeza e é essência do conceito de direito certo.

Dos três elementos, apenas a finalidade está sujeita ao relativismo, ou seja, a uma concepção ligada a convicções particulares, pois a justiça e a certeza estão “[...] para além da luta das ideologias relativas ao Direito e ao Estado, bem como das dissensões dos partidos” (RADBRUCH, 1997, p. 161). Há também relativismo na determinação da hierarquia ou das relações de primazia entre os elementos, entretanto para o autor a preocupação deve ser voltada ao estabelecimento da ordem jurídica por ser ela a responsável pela segurança e paz social. Assim sendo, questionamentos acerca da justiça e da reta finalidade, embora importantes, são secundários (RADBRUCH, 1997, p. 161). Cabe ressaltar que é possível existir contradições entre os três elementos do Direito ou – ainda que apenas em determinadas épocas históricas – se atribuir uma maior importância a determinado elemento (RADBRUCH, 1997, p. 167).

Retomando-se a ideia de justiça, para o autor esta é absoluta, formal e de validade universal, pois “[...] todos reconhecem que aquilo que se afigura justo dar a um deve também ser dado aos outros” (RADBRUCH, 1997, p. 162). Justiça significa o mesmo que igualdade

(RADBRUCH, 1997, p. 162), sendo esta segunda uma abstração que será construída sobre desigualdades que ocorrem no plano da realidade (RADBRUCH, 1997, p. 163).

Radbruch admite a possibilidade de antinomia entre justiça e segurança, pois a exigência de positividade deste segundo elemento aspira a uma imposição de incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente de sua justiça ou adequação à finalidade (RADBRUCH, 1997, p. 163). Porém, a validade do Direito “[...] jamais poderá ser decidida por um juízo formulado exclusivamente no ponto de vista da segurança jurídica” (RADBRUCH, 1997, p. 167), devendo se basear sempre em um juízo formulado concomitantemente em um ponto de vista de justiça e de fim do Direito (RADBRUCH, 1997, p. 163).

No artigo *“Injustiça legal e direito suprallegal”* publicado em 1946, Radbruch desenvolveu uma fórmula com a intenção de solucionar o conflito entre a justiça e a segurança. Nessa oportunidade, o autor afirmou a preponderância do argumento da injustiça sobre a lei:

Este conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser solucionado aceitando-se que o Direito positivo assegurado pela promulgação e pela força seja preeminente mesmo quando seu conteúdo seja injusto e inadequado aos fins objetivados, a menos que o conflito entre lei positiva e justiça seja de tal forma insuportável que a lei, por sua injustiça, deva ceder à justiça (RADBRUCH, 1946, p. 65).

Tal fórmula resultou de análises de casos nos quais se discutiam a legalidade dos atos nazistas, posto que referidos atos foram praticados em conformidade com o direito vigente à época. Radbruch criticou a tese da defesa da aplicação das leis ainda que injustas, arbitrárias ou até mesmo criminosas, pois a simples vigência da lei não seria suficiente para justificar sua validade (RADBRUCH, 1946, p. 64).

Ao trabalhar com a necessidade de três elementos – justiça, finalidade e segurança – para a configuração do Direito, Radbruch procurou um equilíbrio, porém não delimitou as circunstâncias nas quais o argumento da injustiça deveria prevalecer sobre os demais elementos.

### **2.1.3 John Rawls**



John Rawls originalmente tratou da questão da justiça em sua obra “*Uma teoria da justiça*” de 1971, na qual defendeu a justiça como equidade. Tal justiça procura arbitrar as tradições conflitantes propondo dois princípios de justiça, que são o meio pelo qual as instituições básicas devem realizar os valores de liberdade e igualdade (RAWLS, 2000, p. 47). São eles:

- a) Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.
- b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2000, p. 48).

Os dois princípios combinados regulam as instituições básicas que realizam os valores das garantias institucionais da liberdade, oportunidade e igualdade, conferindo-se ao primeiro princípio prioridade em relação ao segundo (RAWLS, 2000, p. 48). Trata-se de uma forma organizada para que a sociedade seja concebida como “[...] um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, vistas como membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida” (RAWLS, 2000, p. 51). Assim sendo, o objetivo da justiça como equidade é “[...] apresentar-se como uma concepção de justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político racional, bem informado e voluntário” (RAWLS, 2000, p. 52).

Segundo Antonio-Enrique Pérez Luño, a obra “*Uma teoria da justiça*” de Rawls conjuga a dimensão formal da justiça ao exigir a imparcialidade na eleição de suas regras com a dimensão material expressada nos dois princípios assim resumidos pelo autor: 1) distribuição de porções iguais de liberdade a todos; e 2) admissão de desigualdades quando contribuírem para a maximização do bem-estar dos mais desfavorecidos (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 216). Ainda segundo Luño, o problema da teoria de Rawls consiste no fato de que as diferenças de distribuição do bem-estar somente poderiam ser legítimas se favorecessem o desenvolvimento dos menos avantajados (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 218).

A teoria de Rawls foi objetivo de diversas críticas, sendo a principal delas referente à impossibilidade de aplicação da justiça como equidade em sociedades pluralistas com doutrinas divergentes e muitas vezes opostas (RAWLS, 2000, p. 45). Em 1993 Rawls

apresentou respostas às objeções na obra “*O liberalismo político*”, entretanto não renunciou à concepção igualitária de justiça (RAWLS, 2000, p. 49). A ideia do liberalismo político pressupõe a existência de um pluralismo razoável de doutrinas abrangentes<sup>10</sup> (RAWLS, 2000, p. 26) e, nesse contexto, seu objetivo consiste em descobrir em quais condições seria possível definir uma base de justificação pública razoável para as questões políticas fundamentais (RAWLS, 2000, p. 27).

No intuito de manter sua imparcialidade, o liberalismo político não discute especificamente os tópicos morais que dividem as doutrinas abrangentes (RAWLS, 2000, p. 36), pois uma concepção política de justiça somente será aceitável se estiver de acordo com as convicções resultantes da devida reflexão por parte de cada indivíduo em todos os níveis de generalidade, ou seja, deve ocorrer o que o autor denomina de “equilíbrio reflexivo” (RAWLS, 2000, p. 50/51). Além disso, para se debater questões políticas fundamentais na vida pública, é desejável que os indivíduos renunciem às suas habituais visões filosóficas e morais abrangentes.

A razão pública – o debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça – agora é mais bem orientada por uma concepção política cujos princípios e valores todos os cidadãos possam endossar (RAWLS, 2000, p. 52/53).

Dessa forma, o liberalismo político busca uma concepção política de justiça que se constitua de forma auto-sustentável: não se nega a existência de outros valores, mas não se defende nenhuma doutrina metafísica ou epistemológica específica. Tal visão possibilita a formação do consenso sobreposto, no qual todos os cidadãos conseguem identificar valores pessoais ou ao menos entendem não haver conflito com eles (RAWLS, 2000, p. 53).

A concepção política de justiça possui três características que são exemplificadas pela justiça como equidade (RAWLS, 2000, p. 53). A primeira característica se refere ao objetivo de tal concepção que, embora seja moral, é elaborada especificamente para a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura é composta pelas instituições políticas, sociais e econômicas e

---

<sup>10</sup> Segundo Rawls uma doutrina “[...] é abrangente quando trata de concepções sobre o que tem valor na vida humana, ideias de caráter pessoal de amizade, de relações familiares e associativas, assim como muitas outras coisas que devem orientar nossa conduta e, em sua extrema amplitude, nossa vida como um todo. Uma concepção é inteiramente abrangente quando compreende todos os valores e virtudes reconhecidos dentro de um sistema articulado de forma precisa; apenas parcialmente abrangente, por sua vez, é a concepção que compreende uma série, mas nem de longe todos os valores e virtudes não-políticos, exibindo articulação mais frouxa” (RAWLS, 2000, p. 56).

ainda pela forma na qual as instituições se combinam, constituindo um sistema unificado de cooperação social de uma geração para a outra (RAWLS, 2000, p. 54).

A segunda característica se refere ao modo de apresentação da concepção política de justiça que consiste em um módulo, ou seja, uma parte constitutiva essencial capaz de se encaixar nas diversas doutrinas abrangentes razoáveis existentes na sociedade por ela regulada, podendo conquistar o apoio dessas. Para tanto, a concepção política se afasta de compromissos amplos com qualquer outra doutrina, buscando apenas elaborar uma concepção razoável para a estrutura básica (RAWLS, 2000, p. 55).

A terceira característica da concepção política de justiça se refere ao seu conteúdo expressado por meio de certas ideias fundamentais implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática. A cultura pública é composta pelas instituições políticas de um regime constitucional, pelas tradições públicas e sua interpretação e ainda pelos textos e documentos históricos que são de conhecimento geral (RAWLS, 2000, p. 56). Em uma sociedade democrática “[...] há uma tradição de pensamento democrático, cujo teor é, no mínimo, familiar e inteligível ao senso comum civilizado dos cidadãos em geral” (RAWLS, 2000, p. 56). Esse conteúdo formado pelas diversas instituições da sociedade e pelas formas aceitas de interpretá-las consiste em “[...] um fundo de ideias e princípios implicitamente compartilhados” (RAWLS, 2000, p. 56).

O modelo de justiça consoante à ideia de correção (*fairness*) elaborado por Rawls se inspira no modelo do jogo correto (*fair-play*), consistindo em uma virtude específica, cuja aplicação exige a eliminação de distinções arbitrárias e o estabelecimento de um ponto de equilíbrio entre as pretensões opostas existentes em determinada sociedade (PERELMAN, 1996, p. 171).

#### **2.1.4 Ronald Dworkin**

Ao tratar da justiça, Ronald Dworkin alerta para o fato de que as controvérsias não versam sobre a importância ou sobre os momentos de sacrifício da justiça em razão de outros valores, mas sim sobre o que ela realmente é sob a forma de uma argumentação – motivo pelo qual é impossível presumir que uma teoria sobre a natureza da justiça seja neutra. Entretanto,

assim como a ideia de democracia, apesar das divergências, todos concordam sobre a importância de tais conceitos políticos (DWORKIN, 2010, p. 211). Nesse contexto, para se realizar uma análise esclarecedora do conceito de justiça, o analista precisa colocar em prática sua própria percepção dos valores que presumivelmente orientam essa prática, bem como as concepções dos conceitos em jogo que melhor atendam a esses valores (DWORKIN, 2010, p. 317).

Liberais e conservadores compartilham o conceito de justiça sem chegar, entretanto, a um consenso sobre os critérios para a formação de juízos de valor acerca da justiça ou sobre quais instituições são justas/injustas (DWORKIN, 2010, p. 317). O compartilhamento do conceito ocorre porque ambos participam de uma prática social que julga os atos e instituições como justos ou injustos, e também porque cada um deles têm opiniões, articuladas ou desarticuladas, sobre como se devem entender os pressupostos mais básicos dessa prática, sobre seu traço característico e sobre sua finalidade. Desses pressupostos, eles extraem opiniões mais concretas sobre a forma correta de dar continuidade à prática em determinadas ocasiões (os julgamentos corretos a serem feitos e o comportamento apropriado em resposta a esses julgamentos) (DWORKIN, 2010, p. 317).

Dworkin afirma que a concepção tradicional que distingue as esferas da moral e do Direito é insatisfatória e propõe que o Direito seja tratado como um segmento da moral (DWORKIN, 2010, p. 51). Assim sendo, não se duvidaria do papel da justiça na determinação do que é o Direito, focando-se na questão mais importante e complexa, qual seja: saber que papel é esse (DWORKIN, 2010, p. 51).

Deve-se buscar uma teoria interpretativa da justiça, uma vez que uma justificação instrumental – “a justiça é boa porque a injustiça degrada as pessoas” (DWORKIN, 2010, p. 221) – ou uma descrição do valor da justiça não possibilitam a identificação de um valor como valor, sendo necessário que esse valor seja situado em uma rede mais ampla de convicções (DWORKIN, 2010, p. 221).

O autor admite a possibilidade de um juiz deixar de aplicar a lei por considerá-la injusta no momento da decisão judicial, pois “[...] a integridade exige que os juízes considerem a moral em alguns casos, [...] tanto para decidirem sobre o que é direito quanto sobre o modo de honrar suas responsabilidades de juízes” (DWORKIN, 2010, p. 31). Entretanto, tais situações devem ser excepcionais, uma vez que deve haver “[...] expectativa

permanente de que não agirão desse modo, de que decidirão de acordo com o que consideram que as proposições verdadeiras de direito exigem ou permitem” (DWORKIN, 2010, p. 29).

Ainda segundo Dworkin, é necessário um esforço dos cidadãos para que as leis fundamentais de seu país sejam acolhidas pelo senso de justiça individual, não porque às vezes seja necessário um compromisso da lei com a moral, mas sim porque isso é o que a lei por si só exige (DWORKIN, 2011, p. 415).

### **2.1.5 Robert Alexy**

Robert Alexy analisa a possibilidade de se utilizar o argumento da injustiça como justificativa para a perda do caráter jurídico de normas ou de sistemas normativos. Trata-se da tese da vinculação entre Direito e moral, por admitir a perda da qualidade jurídica em função da ultrapassagem de um determinado limiar da injustiça (ALEXY, 2009, p. 33). A pretensão de justiça, juntamente com a pretensão de fundamentabilidade<sup>11</sup>, integra a pretensão de correção, que consiste em elemento do Direito.

Alexy trata de duas perspectivas: a perspectiva do observador e a perspectiva do participante. A perspectiva do participante é aquela “[...] adotada por quem, num sistema jurídico, participa de uma argumentação sobre o que nele é ordenado, proibido e autorizado” (ALEXY, 2009, p. 30), estando em seu centro a figura do juiz, embora também envolva advogados e cidadãos interessados<sup>12</sup>. A perspectiva do observador é a “[...] adotada por aquele que não pergunta o que é a decisão correta num determinado sistema jurídico, e sim como de fato se decide em determinado sistema jurídico” (ALEXY, 2009, p. 30).

Na perspectiva do observador, a tese da separação entre Direito e moral se apresenta como correta, exceto em situações nas quais o sistema normativo nem sequer formule uma

---

<sup>11</sup> A pretensão de fundamentabilidade exige uma moral fundamentável, ou seja, trata-se de “[...] pretensão de correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base” (ALEXY, 2009, p. 95).

<sup>12</sup> Nesse sentido, explica Alexy: “Quando outros participantes, tais como juristas, advogados ou cidadãos interessados no sistema jurídico apresentam argumentos a favor ou contra determinados conteúdos do sistema jurídico, eles se referem, em última instância, a como um juiz deveria decidir se pretendesse decidir corretamente” (ALEXY, 2009, p. 30).

pretensão de correção (ALEXY, 2009, p. 43), como é o caso de ordenamentos absurdos<sup>13</sup> ou predatórios<sup>14</sup>. Em tais ordenamentos há descaracterização do Direito, uma vez que este é composto pelos elementos da legalidade, eficácia social e correção material (ALEXY, 2009, p. 15). Assim sendo, se na perspectiva do observador existir a formulação da pretensão de correção, não é cabível o argumento da injustiça. Entretanto, se a formulação não existir, desconfigura-se o Direito.

Na perspectiva do participante a tese da vinculação entre Direito e moral é a mais adequada, pois nela a base dos argumentos é a própria correção, sob pena de se incorrer em contradições performativas<sup>15</sup>. O argumento da correção “[...] afirma que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão de correção” (ALEXY, 2009, p. 43), seja ela de forma explícita ou implícita. Sistemas jurídicos ou decisões jurídicas individuais que formulem a pretensão sem, no entanto, a satisfazerem são defeituosos, mas não perdem sua qualidade jurídica (ALEXY, 2009, p. 43).

A tese da vinculação na perspectiva do participante não significa necessariamente uma conexão entre o Direito e determinada moral considerada como correta, pois a associação da moral com o Direito “[...] significa que dele fazem parte não apenas as regras especiais da fundamentação jurídica, como também as regras gerais da argumentação moral” (ALEXY, 2009, p. 97). Não obstante, “[...] a ideia de moral correta tem o caráter de uma ideia reguladora, no sentido de um objetivo a ser ambicionado. Nessa medida, a pretensão de

---

<sup>13</sup> “Tem-se um ordenamento *absurdo* quando um grupo de indivíduos é dominado de tal modo que é impossível reconhecer finalidades consistentes do(s) dominador(es) quanto perseguir de forma duradoura a finalidade dos dominados” (ALEXY, 2009, p. 39). Afirma o autor que nesse contexto os dominados obedecem ordens exclusivamente por medo da violência, o que descaracteriza um sistema jurídico (ALEXY, 2009, p. 39).

<sup>14</sup> “O ordenamento absurdo transforma-se em ordenamento *predatório* ou rapace quando os bandoleiros tornam-se bandidos organizados. Isso pressupõe, no mínimo, que se introduzam uma proibição de violência e uma hierarquia de ordem entre os indivíduos armados. Além disso, supõe-se que se decrete, para os dominados, um sistema de regras cuja única finalidade é cuidar para que eles continuem sendo objetos suscetíveis de exploração por muito tempo” (ALEXY, 2009, p. 40).

<sup>15</sup> Como exemplo Alexy analisa o seguinte pronunciamento judicial hipotético: “O réu é condenado à prisão perpétua em virtude de uma interpretação incorreta do direito vigente” (ALEXY, 2009, p. 46). Segundo o autor “[...] sem dúvida, com essa sentença, o juiz sai de seu papel social e viola, em todos os sistemas jurídicos, regras do direito positivo que o obrigam a interpretar corretamente o direito vigente” (ALEXY, 2009, p. 46). Além disso, [...] se estaria cometendo um erro se o juiz supusesse erroneamente que sua interpretação é incorreta e que a manifestação desse erro na sentença não infringe o direito positivo. Isso torna claro que o que existe aqui é mais do que uma irregularidade social ou jurídica. O juiz incorre numa contradição performativa e, nesse sentido, comete um erro conceitual” (ALEXY, 2009, p. 46/47).

correção leva a uma dimensão ideal, necessariamente vinculada ao direito” (ALEXY, 2009, p. 97).

Percebe-se, portanto, que ao defender a pretensão de correção como elemento do Direito, Alexy admite o argumento da injustiça, criando uma conexão – fraca na perspectiva do observador e forte na perspectiva do participante – entre moral e Direito.

### **2.1.6 Jürgen Habermas**

Ao trabalhar com a Teoria Discursiva do Direito, Jürgen Habermas defende a legitimidade como elemento essencial deste. Os destinatários de normas e/ou decisões judiciais devem participar de sua elaboração como co-autores que, por meio do discurso, encontram “convicções intersubjetivamente compartilhadas” (HABERMAS, 2010, p. 56). Caberá à Constituição determinar os procedimentos políticos por meio dos quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, possam perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (HABERMAS, 2010, p. 326). Trata-se, portanto, de uma concepção procedimental de justiça marcada pelo princípio da democracia que “[...] destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito” (HABERMAS, 2010, p. 145). Entretanto, Habermas alerta que tal princípio busca tão somente institucionalizar a solução de questões políticas:

Por si mesmo, o princípio da democracia não é capaz de dizer se e como é possível abordar discursivamente questões políticas – esse problema teria que ser esclarecido preliminarmente numa teoria da argumentação. Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos (HABERMAS, 2010, p. 145/146).

O princípio do discurso não atua sozinho para proporcionar o exercício discursivo da autonomia política, pois consiste apenas em um núcleo de um sistema de direitos. Existem direitos que devem ser atribuídos reciprocamente pelos cidadãos no intuito de regular

legitimamente sua convivência (HABERMAS, 2010, p. 158). Em abstrato<sup>16</sup>, Habermas estabelece cinco categorias que geram o próprio código jurídico por determinarem o status das pessoas de direito.

A primeira categoria é composta pelos “[...] direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação” (HABERMAS, 2010, p. 159). A segunda categoria é composta pelos “[...] direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito (HABERMAS, 2010, p. 159). A terceira categoria compõe-se pelos “[...] direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual” (HABERMAS, 2012, p. 159). A quarta categoria compõe-se pelos direitos fundamentais à participação igualitária nos “[...] processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo” (HABERMAS, 2010, p. 159). A quinta categoria é composta por “[...] direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente” (HABERMAS, 2010, p: 160) conforme sua necessidade para aproveitamento igualitário dos direitos previstos nas categorias anteriores.

Para a elaboração do consenso os cidadãos devem agir comunicativamente, buscando um entendimento entre os participantes e não apenas o próprio sucesso (HABERMAS, 2010, p. 36). A depuração deste “agir” se dará por meio do próprio Direito, que deverá promover uma “[...] regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem” (HABERMAS, 2010, p. 46).

O agir orientado pela busca do entendimento resulta em uma estrutura comunicacional denominada esfera pública, que consiste em “[...] uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões” (HABERMAS, 2003, p. 92). Seus canais de comunicação se engatam nas esferas da vida privada – “[...] densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc.” (HABERMAS, 2003, p. 98) – , pois os impulsos da esfera pública

---

<sup>16</sup> Nesse ponto convém mencionar a ressalva do autor quanto ao estabelecimento abstrato de direitos afastado da prática: “Também a ‘nossa’ introdução teórica *in abstracto* de direitos fundamentais revela-se *ex post* como um artifício. Ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história. ‘O’ sistema dos direitos não existe num estado de pureza transcendental” (HABERMAS, 2010, p. 166).



são retirados da assimilação privada dos problemas sociais que repercutem na vida particular dos cidadãos (HABERMAS, 2003, p. 98). Tal nexos entre esfera pública e privada impossibilita uma definição fixa ou por assuntos dos limites de cada uma, pois há um fluxo contínuo de temas entre elas.

A validade da decisão dependerá de uma fundamentação que se desenrole argumentativamente e possibilite a “correção” entendida como “[...] aceitabilidade racional, apoiada em argumentos” (HABERMAS, 2003, p. 281). As decisões representam a melhor resposta para a situação debatida e são dotadas de um caráter provisório, uma vez que o processo argumentativo é interminável (HABERMAS, 2003, p. 283). Entretanto, as condições procedimentais e pragmáticas garantem que todos os argumentos e informações relevantes sobre o tema debatido em determinado momento sejam considerados na motivação racional da decisão, possibilitando inclusive uma acumulação de aprendizagem (HABERMAS, 2003, p. 283).

Não basta o respeito à segurança jurídica como exigência de tomadas de decisões consistentes no quadro da ordem jurídica estabelecida, sendo necessário satisfazer também a pretensão da legitimidade, de modo que as decisões demonstrem sua fundamentação racional para que possam ser aceitas pela sociedade (HABERMAS, 2010, p. 246).

Percebe-se, portanto, que a justiça procedimental de Habermas tem como requisito a participação igualitária dos cidadãos na esfera pública por meio do agir comunicativo, o que somente será possível atendendo-se aos direitos fundamentais. Além disso, os argumentos utilizados devem ser dotados de aceitabilidade racional por todos os envolvidos, possibilitando-se o reconhecimento da co-autoria por parte dos destinatários.

## **2.2 Segurança jurídica como requisito da justiça**

A justiça e a segurança jurídica já foram vistas como antinomias<sup>17</sup>, sendo a primeira concebida como “[...] exigência de adaptação do direito às necessidades da vida social” (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 220, tradução nossa)<sup>18</sup> e a segunda como “[...] características

---

<sup>17</sup> Nesse sentido é a tensão entre justiça e segurança jurídica tratada por Gustav Radbruch (item 2.1.2).

<sup>18</sup> No original: “[...] exigencia de adaptación del derecho a las necesidades de la vida social.”

formais, permanentes e de cumprimento obrigatório que formam o direito” (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 220, tradução nossa)<sup>19</sup>.

No contexto do Estado Democrático de Direito há que se considerar uma boa relação entre segurança jurídica e justiça, uma vez que ambas contém pressupostos e procedimentos necessários à garantia da boa ordem da sociedade (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 220). Entretanto, a primeira foi obrigada a abandonar sua identificação apenas a com a mera noção de legalidade ou positividade do Direito, passando a se conectar com os bens juridicamente relevantes do ponto de vista social e político. Já a segunda deixou a dimensão do ideal e abstrato para incorporar as exigências igualitárias e democráticas impulsionadas pelo Estado Social (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 221). A expansão de ambos os conceitos ao longo da história acabou por transformar a segurança jurídica em um desdobramento da própria justiça (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 220), como se verá a seguir.

### ***2.2.1 Fundamentos históricos da segurança jurídica***

O fim da Monarquia e os primeiros tempos da República em Roma foram marcados pela criação, aplicação e conhecimento do Direito como privilégio do Colégio dos Pontífices. O Direito era um mistério para o povo, uma vez que era monopolizado pelos patrícios que o utilizavam com arbitrariedade absoluta e impune. A origem do *ius civile* nasceu de um ato de afirmação da segurança jurídica, pois na luta pela igualdade política e jurídica entre as reivindicações do povo estava o acesso ao conhecimento das leis por meio de sua publicidade. No ano de 462 a.C. cinco homens foram eleitos para redigir um código de leis que vincularia a administração da justiça. Apesar do atraso de oito anos e da forte oposição dos patrícios, o novo código foi gravado em Doze Tábuas que foram expostas para que todos pudessem conhecer as leis (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 26).

A ideia de segurança em um sentido geral já existia na Idade Média como ausência de temor e dúvida por parte do homem medieval e era consequência de sua inserção em uma comunidade na qual esse homem era formado, orientado e protegido desde o seu nascimento até a sua morte (MARTÍNEZ, 1990, p. 216).

---

<sup>19</sup> No original: “[...] rasgos formales, permanentes y de obligado cumplimiento que conforman al derecho.”

Há que se destacar também o papel de Igreja que, à época, apaziguava os temores e dúvidas humanas por monopolizar a interpretação do mundo e da vida. Entretanto, como ressalta Gregorio Peces-Barba Martínez, do ponto de vista moderno não havia segurança no Direito da Idade Média devido ao pluralismo de fontes, cruzamento de competências e uma criatividade judicial sem amparo em norma prévia (MARTÍNEZ, 1990, p. 216).

Naquela época não havia um poder capaz de impor suas normas jurídicas de forma a possibilitar a certeza ou a ausência de temor (MARTÍNEZ, 1990, p. 216). Lado outro, a importância do pluralismo jurídico medieval era reduzida por meio de um monismo ideológico e de uma rigidez social e comunitária que dariam origem à segurança (MARTÍNEZ, 1990, p. 217).

O fenômeno protestante e a proliferação de igrejas e seitas romperam com o controle da teologia católica (monismo ideológico), enquanto o individualismo da burguesia rompeu com o comunitarismo medieval. Tais rompimentos provocaram a mudança da ideia de segurança que, com o advento do Direito moderno, passou a significar segurança jurídica (MARTÍNEZ, 1990, p. 217). Essa identificação da segurança com o Direito é explicada pela necessidade de superação do pluralismo jurídico medieval e pela necessidade de favorecimento da unificação dos reinos (MARTÍNEZ, 1990, p. 217)

Ao final do século XVIII, com o triunfo das revoluções liberais na França e nas colônias inglesas da América do Norte, formou-se a ideia de um contrato social como poder legítimo do Direito em contraponto à ideia jusnaturalista de justiça material (MARTÍNEZ, 1990, p. 217), pois "[...] o jusnaturalismo moderno, racionalista e fundamentalmente protestante já incluía sérias contradições que prepararam sua própria destruição" (MARTÍNEZ, 1990, p. 217/218, tradução nossa)<sup>20</sup>.

A segurança jurídica que antes era uma característica derivada da existência do Direito se transformou em finalidade principal deste. Foi uma busca por mecanismos e técnicas formais que assegurassem o exercício da autonomia individual em razão da inexistência de verdades objetivas que constituíssem o Direito justo, ou seja, a justiça material foi substituída pela segurança jurídica como justiça formal ou procedimental (MARTÍNEZ, 1990, p. 218), dando início à concepção positivista de segurança jurídica.

---

<sup>20</sup> No original: "[...] el iusnaturalismo moderno, racionalista y fundamentalmente protestante ya encerrava serias contradicciones que prepararon su propia destrucción."

[...] o positivismo jurídico se relaciona causalmente com o processo histórico de derrota do direito natural e a substituição das normas de origem religiosa pelas leis estatais nas sociedades europeias da Idade Moderna, fenômeno esse que foi analisado como “surgimento da *positividade* do direito” (DIMOULIS, 2006, p. 68).

Thomas Hobbes, tido como “o mais importante precursor do positivismo jurídico” (DIMOULIS, 2006, p. 69), considerava a segurança como a paz derivada do contrato social, que retira o homem do estado de natureza e o converte em cidadão. Entrega-se ao Leviatã o dever de segurança em detrimento da liberdade natural, que era a causa da guerra de todos contra todos (MARTÍNEZ, 1990, p. 215). Além de coisas, os homens também desejam a vanglória (sentimento de poder sobre outros homens) e a honra (reconhecimento de seu poder), que seriam as virtudes aristocráticas, e ainda virtudes burguesas que buscam a conquista da segurança da vida e dos bens (POUSADELA, 2006, p. 360).

É dever do Estado promover a segurança do povo utilizando-se de quaisquer meios necessários para preservar a paz e a ordem (HOBBS, 1983, p. 106), entretanto não é possível cobrar isso do Estado, uma vez que sua simples existência significa o cumprimento desse dever (POUSADELA, 2006, p. 367). Essa concepção positivista liberal de segurança jurídica sofreu críticas por possibilitar a existência de regimes totalitários e, posteriormente, encontrou resistência daqueles que defendem a possibilidade de um Direito justo de caráter material.

Nesse ponto, convém ressaltar que o núcleo central da ideia de segurança jurídica é uma criação do pensamento jurídico liberal que nasce com o Estado Absolutista e se prolonga no Estado Social (MARTÍNEZ, 1990, p. 219). Assim sendo, não há identificação das ideias liberais exclusivamente com o Estado Liberal.

No Estado Liberal a mera existência do Direito “criava” segurança jurídica por superar a autotutela do estado de natureza e a situação real de anarquia (MARTÍNEZ, 1990, p. 219). A segurança jurídica se prestava a proteger os indivíduos dos arbítrios do Estado Absolutista, representando ainda uma reivindicação por uma nova ordem econômica que proporcionasse segurança ao direito de propriedade e às obrigações contratuais.

A inquietude da busca pela segurança jurídica foi consagrada em textos constitucionais e fundadores da “nova ordem” individualista e liberal (VIGO, 1998, p. 496). Destaque-se a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776, que positivou o

direito à segurança em seu art. 1º (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776) juntamente com o direito à igualdade, independência, vida, liberdade, felicidade e propriedade. Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 2º, determinou que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, sendo estes a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (FRANÇA, 1789). A Constituição Francesa de 1793, por sua vez, definiu em seu art. 8º a segurança jurídica como proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade (FRANÇA, 1793).

Tais documentos normativos evidenciam que no contexto histórico do Estado Liberal há uma identificação da segurança jurídica com os direitos individuais de liberdade e propriedade privada (VIGO, 1998, p. 497/498), onde o foco eram os direitos de oposição e resistência da burguesia do Século XVIII em face do Estado.

O movimento constitucionalista da época se preocupava com a limitação do poder do Estado no intuito de proteger os indivíduos contra os arbítrios. Entretanto, sem a preocupação com o lado social da população, o Estado Liberal sucumbiu à desigualdade social provocada pela concentração de renda dos mais ricos e a exclusão social dos mais pobres. A alternativa veio na forma do Estado Social, no qual a presença estatal era marcante no sentido de reduzir as desigualdades e promover o bem-estar social.

O advento do Estado Social foi impulsionado a partir do século XIX pelas reivindicações trabalhistas em meio às Revoluções Industriais<sup>21</sup>, pois não bastava mais um rol de direitos civis e políticos (SAMPAIO, 2010, p. 242). Era necessário que outros direitos fossem incorporados à legislação, exigindo-se ainda uma atuação estatal em prol da garantia desses direitos. Nesse contexto, entraram em cena os direitos de igualdade em sua dimensão material.

Há que se mencionar que os problemas sociais advindos das Revoluções Industriais também abriram caminho para as ideias socialistas que foram divididas em “utópicas” e “científicas”. Na vertente utópica, Robert Owen, um proprietário de fábricas de algodão na

---

<sup>21</sup> Didaticamente divide-se a Revolução Industrial em duas fases: “Uma, preparatória, entre 1815 e 1870. Nesse período, verificou-se a integração dos mercados produtores e consumidores, por meio do desenvolvimento dos transportes e das comunicações. A outra, entre 1870 e 1914, corresponde à Segunda Revolução Industrial propriamente dita. Caracterizou-se pela utilização do aço e de novas fontes de energia (eletricidade e petróleo), pela produção em série e pela concentração industrial em grandes empresas” (PAZZINATO; SENISE: 2002, p. 185).

região de New Lanark na Escócia, propôs a criação de um modelo de colônia autogerida (uma cooperativa) por meio da abolição da propriedade privada. Embora estivesse apoiada na experiência fabril dos trabalhadores da Inglaterra, sua ideia foi taxada como utópica (PAZZINATO; SENISE, 2002, p. 195).

Na França a vertente utópica teve como maiores expoentes Saint-Simon, que defendeu a reorganização da sociedade por meio de uma elite de filósofos, cientistas e engenheiros fundada em uma religião secular humanista (“nova cristandade”) (SAMPAIO, 2010, p. 196) e Charles Fourier que, “[...] considerado o mais utópico dos utópicos, fazia também sua pregação por uma nova sociedade marcada pela igualdade, pelo trabalho prazeroso e pela abolição do dinheiro” (SAMPAIO, 2010, p. 196).

José Adércio Leite Sampaio explica que o socialismo utópico não possuía a dimensão da realidade de análise por não enxergar o conflito real da classe, e nem a dimensão de realidade de projeção por não estabelecer uma estratégia de ação de tomada de consciência para a nova classe revolucionária ou uma ação de assalto ao poder (SAMPAIO, 2010, p. 196).

Em contrapartida, a vertente do socialismo científico inaugurada por Karl Marx e Friedrich Engels não buscava formular projetos de reforma social fundados em justiça e igualdade, pois acreditava que a substituição do capitalismo pelo socialismo ocorreria por meio de determinadas “leis do desenvolvimento da história”, e não como resultado de vontades reformistas (PAZZINATO; SENISE, 2002, p. 195). Como explica Sampaio:

O socialismo científico prometia uma ciência da natureza inexorável que haveria de dar linhas de um “progresso determinista e determinado” da sociedade humana ao reino da emancipação, sobrepondo a dimensão da infraestrutura sobre a superestrutura, da realidade e práxis humanas sobre a abstração filosófica. Essas rápidas palavras nem de longe esgotam uma das doutrinas mais influentes do mundo ocidental em todos os tempos (SAMPAIO, 2010, p. 196).

As discussões na Teoria e Filosofia do Direito advindas do modelo de Estado Social e do movimento socialista provocaram a expansão dos desdobramentos da segurança jurídica que passou a significar não apenas previsibilidade, mas também outros atributos igualmente desejáveis relacionados à ideia de justiça. Tal período teve como documentos marcantes a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, nos quais é perceptível

uma ampliação da segurança jurídica, que passou a se relacionar também com direitos sociais, econômicos e culturais (SAMPAIO, 2010, p. 243).

A Constituição do México de 1917, em seu artigo 1º, afirmou que qualquer pessoa no país deveria desfrutar das garantias constitucionais que não poderiam ser restritas ou suspensas, exceto em casos e condições por ela fornecidas (MÉXICO, 1917). Entre outras garantias individuais, em tal documento garantiu-se que nenhum indivíduo seria julgado por leis privadas ou Tribunais especiais (art. 13), vedou-se o retrocesso da lei e ainda a privação de vida, liberdade, propriedade, possessões ou direitos sem julgamento por uma Corte devidamente criada, na qual as formalidades essenciais do procedimento fossem observadas de acordo com as leis elaboradas antes do ato (art. 14) (MÉXICO, 1917). Destaca-se também o artigo 136, contido no título IX (“A inviolabilidade da Constituição”), cuja redação demonstra uma preocupação com a conservação do texto constitucional em tempos de rebelião:

Esta Constituição não perderá sua força e efeito, mesmo que a sua observância seja interrompida por rebelião. No caso de um governo cujos princípios sejam contrários àqueles aqui sancionados se estabelecer por meio de qualquer perturbação da ordem pública, assim que as pessoas recuperarem sua liberdade, sua observância deverá ser restabelecida, e aqueles que tomaram parte no governo emanado da rebelião, assim como aqueles que colaboraram com tais pessoas, serão julgados de acordo com essa Constituição e as leis que forem promulgadas por força dela (MÉXICO, 1917, tradução nossa)<sup>22</sup>.

A Constituição de Weimar de 1919 se preocupou em dar segurança jurídica aos direitos sociais e ainda ao próprio ordenamento, como se depreende da redação de seu art. 9º ao afirmar que, conforme a necessidade de formulação de regulamentos padronizados, o Reich apresentaria legislação sobre o sistema de bem-estar e sobre a proteção da lei e da ordem (ALEMANHA, 1919). A primeira parte dessa Constituição versa sobre a “Composição do Reich e sua responsabilidade”. Nela, o capítulo sete tratou da “jurisdição”, no qual se afirmou a independência dos juízes e sua sujeição à lei (art. 102), a existência de Cortes administrativas estaduais para protegerem os indivíduos contra degraus burocráticos, a

---

<sup>22</sup> No original: “This Constitution shall not lose its force and effect, even if its observance is interrupted by rebellion. In the event that a government whose principles are contrary to those that are sanctioned herein should become established through any public disturbance, as soon as the people recover their liberty, its observance shall be reestablished, and those who have taken part in the government emanating from the rebellion, as well as those who have cooperated with such persons, shall be judged in accordance with this Constitution and the laws that have been enacted by virtue thereof.”

inadmissibilidade de Cortes extraordinárias (art. 105), entre outras disposições (ALEMANHA, 1919).

A preocupação social era marcante na segunda parte da Constituição, que tratava dos “Direitos básicos e obrigações dos alemães” (ALEMANHA, 1919). Nela, cinco capítulos dividiram direitos por temas: "individual", "vida na comunidade", "religião e comunidades religiosas", "educação e escola" e "a economia" (ALEMANHA, 1919). Merece destaque o art. 114, que afirmava a inviolabilidade dos direitos individuais, admitindo-se a limitação e privação da liberdade individual apenas se baseada na lei. Ainda assim, em caso de privação de liberdade, referido artigo exigia a notificação do indivíduo acerca das razões de sua prisão, conferindo-lhe o direito de protestar (ALEMANHA, 1919).

O anseio pela recuperação social acabou por provocar a incorporação legislativa de uma série de direitos cujo atendimento muitas vezes se demonstrava impossível devido às limitações fáticas do Estado. Era necessário, portanto, um equilíbrio da atuação estatal que deveria efetivamente ocorrer, mas não de forma excessiva. Advindo da ideia de justiça social do século XIX, o Estado Democrático de Direito trouxe a proposta de garantia da efetividade dos direitos já conquistados historicamente e ainda de outros direitos contemporâneos sem, entretanto, se tornar um Estado paternalista.

### ***2.2.2 A filtragem da justiça***

No Estado Democrático de Direito o conceito de justiça passou a englobar a segurança jurídica e também outros atributos, maximizando-se o campo de abrangência daquela. O deslocamento do eixo para a justiça provocou a releitura dos institutos afetos à segurança jurídica, tais como o direito adquirido e a coisa julgada, cuja manutenção passou a depender da filtragem pelo conceito mais abrangente, qual seja: a justiça.

Segundo Gregorio Peces-Barba Martínez, na cultura jurídica moderna existem duas posições extremas: a primeira acredita que a existência do Direito não apenas cria segurança, mas também justiça; a segunda contrapõe a segurança a uma justiça material identificável pela autoridade de seu autor (MARTÍNEZ, 1990, p. 218). O autor, por sua vez, filia-se à



compreensão de uma segurança social que implique a segurança jurídica por se estabelecer por meio da lei mesclada com dimensões de justiça, liberdade e igualdades materiais.

Essas dimensões contribuem para a criação de condições sociais de superação de necessidades ou de certeza diante da velhice, enfermidade ou morte (MARTÍNEZ, 1990, p. 221). Assim sendo, a segurança jurídica se integrou à noção de justiça material, que é a ideia-chave para a compreensão do Direito (MARTÍNEZ, 1990, p. 216). Na atualidade, por influência do pensamento democrático e socialista, busca-se a segurança no seio da sociedade como expressão da relação do homem com as necessidades sociais e sua satisfação (MARTÍNEZ, 1990, p. 221).

Peces-Barba Martínez aponta duas condições indispensáveis para a segurança jurídica que, conseqüentemente, são condições de justiça. A primeira consiste na possibilidade de compreender o Direito como um sistema. A aparição do Estado como forma política do mundo moderno na busca pela supressão da pluralidade de fontes do Direito permitiu que o Direito fosse compreendido como um sistema, pois não há sistema que não produza, por sua simples existência, certa segurança jurídica, e também não há segurança jurídica que se possa conceber à margem do sistema (MARTÍNEZ, 1990, p. 219). A segunda condição indispensável é a progressiva supressão dos privilégios e normas especiais e ainda a aparição de um destinatário genérico das normas jurídicas. O autor denomina essa condição de "igualdade como generalização", que afeta o sujeito passivo, o objeto e o conteúdo das normas (MARTÍNEZ, 1990, p. 219). Nesse contexto, a segurança jurídica sempre ocorre por meio do Direito, podendo-se identificar três dimensões suas: em relação ao poder, em relação ao próprio Direito e em relação à sociedade. Em todas elas é possível verificar a filtragem da justiça.

A segurança jurídica em relação ao poder se refere à origem (estabelece as instituições, órgãos, funcionários e operadores jurídicos habilitados pelo Direito a criar normas), exercício (estabelece os procedimentos prévios para a formação da vontade do poder nos termos da Constituição e da lei) e limites (estabelece as garantias processuais e penais) deste (MARTÍNEZ, 1990, p. 222/224). Essa dimensão do poder se expressa por meio das instituições, princípios de organização ou de valores do Direito Público, em especial Constitucional e Administrativo, que refletem sobre direitos fundamentais, direitos públicos subjetivos ou simples situações jurídicas de cidadãos ou grupos (MARTÍNEZ, 1990, p. 222).

A segurança jurídica em relação ao próprio Direito é uma dimensão interna que supõe a existência de mecanismos e técnicas formuladas como princípios de organização e interpretação ou como direitos subjetivos que funcionam no interior do ordenamento jurídico (MARTÍNEZ, 1990, p. 224). São preceitos que tratam da criação e derrogação das normas, de sua aplicação e interpretação e de sua preservação ou garantia, utilizando-se procedimentos previamente estabelecidos (MARTÍNEZ, 1990, p. 225). Nesta dimensão incluem-se as regras acerca de irretroatividade das leis, respeito ao direito adquirido e à coisa julgada.

A segurança jurídica em relação à sociedade se refere à extensão da ação do Direito em setores tradicionalmente abandonados à autonomia da vontade e à livre ação dos particulares, mas que por influência democrática e socialista se incorporaram progressivamente às preocupações da cultura jurídica (MARTÍNEZ, 1990, p. 227). Trata-se de uma dimensão rechaçada por defensores do neoliberalismo, do Estado mínimo e da interpretação econômica do Direito sendo, entretanto, defendida por Gregorio Peces-Barba Martínez, que afirma a necessidade de um Estado Social. Para o autor a preocupação com a criação de condições de igualdade na liberdade repercute na ideia de segurança jurídica que, nesse caso, não seria apenas ausência de temor ou existência de certeza, mas também a tranquilidade de que os mais fracos não sejam abandonados diante dos mais fortes (MARTÍNEZ, 1990, p. 228). Essa dimensão se refere à necessidade da intervenção estatal para a proteção de trabalhadores, consumidores e usuários que não deve ocorrer apenas para garantir as necessidades básicas (MARTÍNEZ, 1990, p. 228). Ressalte-se, entretanto, que existem posicionamentos doutrinários contrários às intervenções estatais dessa natureza.

Rodolfo Luis Vigo atribui à segurança jurídica um caráter de valor adjetivo à justiça (VIGO, 1998, p. 516), definindo aquela como um fator modernamente decisivo para estabelecer o melhor ou o pior direito (VIGO, 1998, p. 501) e, para tanto, uma série de requisitos envolvendo a justiça se impõem. Segundo o autor a segurança jurídica requer a existência de regras gerais que permitam aos diferentes operadores jurídicos medir os distintos problemas, possibilitando um tratamento igualitário dos casos iguais e também um marco para o cálculo jurídico futuro (VIGO, 1998, p. 502).

Lado outro, a existência de tais regras também assegura a possibilidade de que os destinatários conheçam os direitos e deveres que as normas lhes atribuem. Entretanto, convém ressaltar que não se trata de uma exigência de conhecimento, pois a ausência desse conhecimento da lei não poder justificar seu descumprimento (VIGO, 1998, p. 503). A

intenção é apontar a necessidade de criação de mecanismos que facilitem o conhecimento e a compreensão das leis pelos cidadãos (VIGO, 1998, p. 503/504), pois o acesso fácil e permanente às regras jurídicas consiste em requisito da segurança jurídica.

Outro requisito consiste na estabilidade das disposições jurídicas, pois as mudanças constantes dos direitos e deveres não favorecem o cumprimento das normas por não possibilitar que as condutas jurídicas desejáveis sejam difundidas na sociedade. A ausência de estabilidade exige dos destinatários uma permanente atenção às mudanças legislativas (VIGO, 1998, p. 504), o que nem sempre ocorre.

A segurança jurídica exige o cumprimento possível e fácil das normas, devendo-se evitar que as condutas jurídicas prescritas sejam complicadas, trabalhosas ou onerosas, pois tais prescrições desestimulam o seu cumprimento. Assim sendo, as normas deveriam se preocupar menos com a sanção reparadora de um infrator e mais com a premiação ou estímulo daqueles que as cumprem (VIGO, 1998, p. 505).

A resolução dos conflitos jurídicos por terceiros imparciais é outro requisito da segurança jurídica, pois a ausência de uma instância resolutória imparcial deixaria a superação dos entraves jurídicos a cargo da força, astúcia ou azar. Nessas situações, nenhum indivíduo estaria seguro de seus direitos e deveres (VIGO, 1998, p. 506). A resolução deve ainda ocorrer em tempo oportuno, pois um Direito que prolonga por um longo período ou indefinidamente a solução do conflito compromete inevitavelmente a pretensão de conhecimento dos direitos e deveres (VIGO, 1998, p. 507).

O acesso fácil aos juízes também é exigência da segurança jurídica, pois obstáculos de acesso (distância territorial, honorários profissionais elevados, alto rigor formal, entre outros) podem alimentar a manutenção do conflito ou a realização da justiça por mão própria (VIGO, 1998, p. 506).

É necessário haver a possibilidade de defender pretensões perante os juízes, pois todas as partes devem ter oportunidades de argumentar a favor de sua respectiva pretensão e ainda apresentar as provas pertinentes, uma vez que a resolução justa e eficaz do conflito depende da totalidade de informações e argumentos (VIGO, 1998, p. 507).

A segurança jurídica exige a justificação das normas jurídicas, pois no contexto do Direito moderno a legitimidade e eficácia das decisões jurídicas dependem de sua justificação formal e material (VIGO, 1998, p. 507). Não se trata de apontar meras razões explicativas que

se identifiquem com os motivos, mas sim apontar as razões justificadoras e objetivas que sirvam para compreender a decisão, valorá-la e aceitá-la como correta ou boa (VIGO, 1998, p. 508).

Deve haver previsão de meios para a elaboração e derrogação de normas, caso contrário não se saberá quem detém a capacidade jurídica para elaborar ou expulsar normas do mundo jurídico, qual o tempo de vida dessas normas e quais as condições para sua expulsão (VIGO, 1998, p. 508).

Exige-se a eficácia das normas jurídicas, uma vez que essas constituem uma espécie de modelo de condutas. É necessária uma congruência entre as condutas prescritas pelas normas e as condutas particulares e de autoridades (VIGO, 1998, p. 509). Há ainda a necessidade de um poder coercitivo no Direito que garanta o cumprimento das normas jurídicas, pois ao depender exclusivamente da boa vontade de seus destinatários o Direito se torna frágil (VIGO, 1998, p. 509).

Também é necessária a existência de um poder político legitimado democraticamente, ou seja, um poder que tenha apoio das maiorias. Um poder político resistido, isolado da cidadania ou totalitário muito provavelmente não favorecerá a segurança jurídica, pois suas decisões jurídicas serão frágeis, instáveis, não confiáveis ou ineficazes devido à sua baixa ou inexistente aceitação (VIGO, 1998, p. 510).

Exige-se também um tratamento jurídico igualitário no qual a igualdade de situação corresponda à igualdade dos direitos e deveres, salvo quando houver razões de justiça material que justifiquem o afastamento de tal exigência (VIGO, 1998, p. 511). Deve haver ainda uma capacidade suficiente de resposta do Direito vigente, o que exige um maior esforço do operador na busca pela resposta ao problema que o convoca. Não se deve compreender o Direito como um mero sistema de regras legais que deva ser explicado de forma dogmática ou exegética e sim como um conjunto de princípios e normas que devem ser explicadas criticamente (VIGO, 1998, p. 511).

A visão sistemática do Direito também consiste em requisito da segurança jurídica, pois é necessário que o operador do Direito reconstrua ou reformule sistematicamente o conjunto de normas e princípios que constituem o Direito vigente para que este seja coerente, hierárquico, econômico e suficientemente pleno no intuito de se evitar contradições (VIGO, 1998, p. 512).

Também é necessária uma disposição cidadã para o cumprimento de seus deveres, pois a existência de uma sólida consciência ética e social na sociedade melhora o cumprimento voluntário do Direito. Segundo Vigo as sanções sociais e morais incrementam a segurança jurídica (VIGO, 1998, p. 513).

Por fim o autor aponta como requisito da segurança jurídica a existência de uma moeda estável, uma vez que esta cumpre um papel juridicamente relevante. A correspondência entre o valor nominal e o valor corrente de uma moeda evita a formação de um campo fértil para abusos, especulações, violações, entre outros (VIGO, 1998, p. 513).

Apesar dos diversos requisitos destacados por Rodolfo Luis Vigo, convém ressaltar que o autor não descarta a previsibilidade jurídica, pois a concebe como dimensão subjetiva da segurança jurídica atrelada aos interesses, desejos e personalidade de cada um dos destinatários jurídicos (VIGO, 1998, p. 513/514). Entretanto, a segurança jurídica proposta pelo autor extrapola a mera previsibilidade, uma vez que se apresenta como desdobramento da ideia de justiça, ainda que com contornos próprios (VIGO, 1998, p. 516).

Antonio-Enrique Pérez Luño afirma que a segurança jurídica é um valor estritamente ligado ao Estado de Direito que se concretiza em exigências objetivas de correção estrutural (formulação adequada das normas do ordenamento jurídico) e correção funcional (cumprimento do Direito por seus destinatários e especialmente pelos órgãos encarregados de sua aplicação) (PÉREZ LUÑO, 2000, p.28). Trata-se da dimensão objetiva da segurança jurídica que detém ainda uma dimensão subjetiva definida como a certeza do Direito, ou seja, como a proteção nas situações pessoais de garantias estruturais e funcionais da segurança objetiva (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 29).

A certeza do Direito supõe a dimensão subjetiva da segurança jurídica, pois se apresenta como a proteção nas situações pessoais da segurança objetiva. Seu requisito é a possibilidade de conhecimento do Direito por seus destinatários, pois um sujeito de determinado ordenamento jurídico deve poder saber previamente e com clareza o que é obrigatório, permitido ou proibido. Em função desse conhecimento do Direito pelos destinatários é possível organizar as condutas presentes e programar a atuação jurídica futura (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 29). Entretanto, ressalta o autor que o sentido da ignorância do Direito na sociedade democrática não é outro senão o de garantir os princípios de validade e eficácia do Direito, pois o conhecimento do Direito por todos é um dever materialmente impossível (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 30).

Pérez Luño discute a relação entre segurança jurídica e coisa julgada, sendo esta última genericamente compreendida como decisões em sentença irrecorrível (PÉREZ LUÑO, 2000, p.31). A coisa julgada possui um sentido formal entendido como o caráter irrevogável da sentença que não é suscetível de recursos em função do esgotamento das instâncias de apelação, do término do prazo para interposição deles ou da desistência de sua interposição. Já a coisa julgada em sentido material consiste na impossibilidade de novo exame e/ou nova decisão sobre um processo em relação àqueles que foram partes dele (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 31).

A coisa julgada se relaciona com duas expectativas de segurança jurídica que ultrapassam a mera previsibilidade e se relacionam com a ideia de justiça: a confiança dos sujeitos, que exige a certeza de durabilidade da decisão; e a exigência da comunidade jurídica de que se encerre, a partir de determinado momento, a dúvida ou a luta pelo Direito no caso concreto, por motivos de paz jurídica (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 31).

O autor trata ainda do direito adquirido entendido como aqueles "[...] validamente constituídos e consolidados ao amparo de uma determinada legislação" (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 32, tradução nossa)<sup>23</sup>, o que provoca discussões acerca da confiança dos cidadãos e da estabilidade do Direito. Frequentemente a teoria dos direitos adquiridos é invocada como exemplo da tensão entre a justiça e a segurança jurídica, uma vez que a intangibilidade desses direitos pode ser incompatível com os imperativos da justiça e do bem comum (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 33). No Estado de Direito o problema dos direitos adquiridos não é somente uma questão de legalidade, mas também de legitimidade. Assim sendo, o reconhecimento dos direitos adquiridos não passa unicamente por condições formais de validade das legislações nas quais se ampararam, mas também pelas condições de justiça, tais como a exigência de boa fé e a ausência de dolo que são, justamente, a origem de tais direitos e a causa de sua manutenção (PÉREZ LUÑO, 2000, p. 33).

A absorção da segurança jurídica pela justiça não é ponto absolutamente pacífico na doutrina, pois há quem defenda a primazia daquela, ainda que a norma não passe pelo filtro da justiça. Para Ricardo García Manrique a legitimidade formal do Direito adquire força em tempos de relativismo axiológico, desconfiança acerca do bom funcionamento dos mecanismos de representação política e de alto grau de complexidade do Direito de modo a

---

<sup>23</sup> No original: “[...] válidamente constituídos y consolidados al amparo de una determinada legislación.”

dificultar a percepção de seu grau de justiça. Nesse contexto, a crença na legitimidade do Direito é importante por gerar segurança em seus destinatários, ainda que as normas jurídicas sejam injustas ou antidemocráticas, pois há uma obrigação *prima facie* de obediência ao Direito ou apenas uma razão para a obediência (MANRIQUE, 2003, p. 481/482).

### 2.3 O problema da justiça como valor moral

Com o deslocamento do eixo da segurança jurídica para a justiça, iniciaram-se diversas discussões acerca da possível natureza moral desta. Nesse ponto, há que se esclarecer previamente o que é um valor e ainda a diferença entre um dever jurídico e um dever moral.

Os valores são critérios intelectuais que servem de base para que um indivíduo julgue condutas e objetos: quando as condutas e/ou objetos são conforme os valores pode-se dizer que são válidos (têm valor); entretanto, quando as condutas e/ou objetos são contrários aos valores, eles não valem (são desvalores) (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 213).

Os indivíduos possuem necessidades que se traduzem em carências de determinados bens, então o que satisfaz uma necessidade humana tem valor e o que a contradiz é um desvalor (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 213). Entretanto, há que se alertar para os extremos do objetivismo e do subjetivismo, pois enquanto o primeiro pode causar a imposição de uma tirania de valores eternos, o individualismo do segundo pode abrir caminhos para formas de decisionismo ou ainda uma anarquia de valores (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 213).

Os valores que informam o conteúdo do Direito, não podem ser concebidos como um sistema estático de princípios absolutos situados em uma esfera ideal anterior e independente das experiências, como pretende o *objetivismo*; mas tampouco podem reduzir-se ao plano dos desejos ou interesses dos indivíduos, como propugna o *subjetivismo* (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 213, tradução nossa)<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> No original: “Los valores que informan el contenido del derecho, no pueden concebirse como un sistema estático de principios absolutos situados en una esfera ideal anterior e independiente de la experiencia, como pretende el *objetivismo*; pero tampoco pueden reducirse al plano de los deseos o intereses de los individuos, como propugna el *subjetivismo*.”

A distinção entre um dever jurídico e um dever moral se relaciona à possibilidade de demandar o descumpridor: o cumprimento de um dever jurídico é uma expectativa de toda a sociedade e passível de ser cobrado judicialmente. Já um dever moral não se relaciona com a expectativa e sim com a esperança e gratidão da sociedade. Portanto, o cumprimento de um dever moral não pode ser demandado judicialmente, podendo ser cobrado apenas por meio da pressão da sociedade, apesar do cumprimento voluntário ser melhor caminho (URMSON, 1958, p. 213).

É possível pressionar o indivíduo para que ele ultrapasse o dever jurídico e também cumpra o dever moral como no caso de um ato de heroísmo, entretanto é moralmente reprovável pressionar alguém para, por exemplo, sacrificar sua própria vida para salvar outras (URMSON, 1958, p. 214).

Analisando-se a possibilidade de se conceber a segurança jurídica como valor moral, deve-se considerar que quando o poder político é exercido mediante normas pré-estabelecidas e conhecidas por seus destinatários, os indivíduos sabem de antemão como devem agir em relação aos agentes do poder político. Essa predição é possível quando as normas jurídicas são, em alguma medida, públicas, gerais, claras, estáveis, de cumprimento possível, irretroativas, não contraditórias e com aplicação consistente e regular por parte dos operadores. Tais qualidades sempre existem dentro de um sistema jurídico, pois sem elas sua eficácia seria nula, fazendo com que ele deixasse de existir (MANRIQUE, 2003, p. 477/478).

Assim sendo, em uma visão legalista, sempre que existir um sistema jurídico a predição será possível e nela reside a segurança jurídica, pois os indivíduos se sentem seguros acerca do conteúdo e modo de aplicação das normas. Ao se considerar tal efeito como intrinsecamente valioso em um sentido moral, estar-se-á diante da "tese do valor moral da segurança jurídica" (MANRIQUE, 2003, p. 477/478). Entretanto, como já se demonstrou, a segurança jurídica não mais significa mera previsibilidade, devendo haver diversos outros requisitos para sua ocorrência material.

Há autores que não adotam a tese moral da segurança jurídica como, por exemplo, Ricardo García Manrique, que aparta a moral por conceber a segurança jurídica como uma análise meramente instrumental ou técnica acerca da eficácia de um sistema jurídico (MANRIQUE, 2003, p. 514). Apesar de negar o caráter moral da segurança jurídica, o autor acredita ser possível existir um dever moral de promoção daquela, que é justificado por meio da análise dos fins e meios específicos de cada sistema jurídico particular.



Se o juízo de moralidade dos fins e meios específicos for positivo, será possível afirmar que a segurança jurídica, como medida de perfeição ou excelência de um sistema jurídico, gera deveres morais para todos os que desempenham funções jurídicas, desde que tais funções sejam consideradas como meios moralmente apropriados para se alcançar fins também moralmente apropriados (MANRIQUE, 2003, p. 514/515).

Retomando-se a ideia de justiça como valor moral, a justiça representa um ideal de comportamento que os indivíduos devem tender a seguir, entretanto tal conceito não significa que todas as ações humanas sejam necessariamente justas (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 214). Em relação ao Direito, a justiça é o critério básico da legitimação e crítica deste (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 215).

Antonio-Enrique Pérez Luño defende a justiça como um valor pelo qual é possível diferenciar o que é justo – e, portanto, valioso – do que é injusto. Consequentemente, a injustiça é um desvalor. Para o autor a justiça é um valor essencialmente humano porque somente pode ser associada com propriedade às ações humanas – daí não ser possível afirmar, por exemplo, que um tigre que devora a sua presa age injustamente (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 214). A justiça é também um valor social por se referir a comportamentos ou atos individuais que afetam outros indivíduos, exigindo-se para sua ocorrência ao menos dois sujeitos e uma relação entre eles (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 214).

Existem autores que defendem uma necessária conexão entre Direito e moral, provocando uma concepção moral de justiça. Nesse grupo está Lon L. Fuller, ao afirmar que a lei considerada meramente como ordem contém sua própria moralidade implícita e, portanto, lei e moral são inseparáveis.

Essa moralidade da ordem deve ser respeitada caso se deseje realmente criar uma lei, ainda que ruim. Entretanto, a lei por si só não tem poder para dar vida a essa moralidade, sendo necessária que a autoridade que a elabore seja apoiada por atitudes morais que corroborem sua competência. Nesse caso, trata-se da moralidade externa que torna a lei possível (FULLER, 1958, p. 645).

Na vida de uma nação a moralidade interna e a moralidade externa se influenciam reciprocamente, sendo que a deterioração de uma delas quase inevitavelmente produzirá a deterioração da outra (FULLER, 1958, p. 645). Há uma conexão entre a moral e a lei porque a ordem, por si só, não fará bem a menos que ela seja boa para algo. E na busca para se tornar a

ordem boa é necessário lembrar que a justiça, por si só, é impossível sem a ordem. Essa ordem, por sua vez, também não pode ser perdida em meio à tentativa de torná-la boa (FULLER, 1958, p. 657). Assim sendo, ao tratar da moralidade interna do Direito, o autor demonstra acreditar em sua conexão com a justiça.

Robert Alexy também defende uma conexão necessária entre a lei e a moralidade, uma vez que a lei (incluindo-se normas e todo o sistema legal) necessariamente detém uma pretensão de correção que é, essencialmente, uma pretensão de justiça. Sobre a conexão entre erro e injustiça, vale mencionar o entendimento de Perelman, que entende que a não aplicação de regras na área da teoria é um erro, enquanto a não aplicação das regras na área da prática da ação é uma injustiça (PERELMAN, 1996, p. 122).

O problema de se considerar a justiça como valor moral consiste justamente na subjetividade do valor e da moral, sendo impossível determinar até que ponto valores morais são cumpridos. Além disso, “[...] como todo valor é arbitrário, não existe justiça absoluta” (PERELMAN, 1996, p. 64), o que gera uma injustiça permanente. Consequentemente, caso se conclua que o valor da justiça não foi cumprido em nenhuma medida ou de forma insatisfatória, não é possível demandar judicialmente seu cumprimento. Em outras palavras, não é possível definir, de forma universal, quando uma decisão ou lei é justa, pois as interpretações serão sempre variadas. A palavra justiça, por si só impossibilita afirmações precisas, pois, como ressalta José Adércio Leite Sampaio, trata-se de “[...] palavra mágica e traiçoeira, quase objetivista e fetichizante até” (SAMPAIO, 2010, p. 286).

Existem de fato situações que são amplamente reconhecidas como injustas, pois mesmo em regimes perversos há certa hesitação em introduzir na lei crueldades, intolerâncias e desumanidades (FULLER, 1958, p. 637). Entretanto, não se pode afirmar que tais situações jamais serão aceitas por um sistema jurídico por serem barradas na filtragem da justiça. Limitando-se ao possível, Sampaio afirma que há “um mínimo denominador comum”, advindo do passado e capaz de superar as “dores do contínuo parto da convivência com a justiça” (SAMPAIO, 2010, p. 286). Referido denominador:

[...] traz a lembrança de que liberdade, igualdade e solidariedade se devem conjugar em um equilíbrio que nos remete a tais exigências. Algo que se acrescenta a um certo “patriotismo pela convivência”, traduzida no respeito às regras do jogo – se justas (equitativas) forem – e a Constituição que atenda àquele equilíbrio, suportada por uma espécie de “cláusula de lealdade” que nos faz parceiro do devir humano (SAMPAIO, 2010, p. 286).

Embora não exista consenso acerca do que seja segurança jurídica ou justiça e se há conteúdo moral nessas ideias, a maioria da doutrina parece concordar no sentido de que segurança jurídica integra o conceito de justiça, sendo que aquela representa apenas um dos diversos desdobramentos desta, uma vez que “[...] todo o sistema de justiça dependerá de outros valores que não o valor da justiça” (PERELMAN, 1996, p. 61). A regra da justiça é importante na busca pela aplicação correta e formalmente justa das leis vigentes em situações particulares. Entretanto, o ato justo não pode ser definido pela simples aplicação correta de uma regra, pois tal regra deve ser uma regra justa (PERELMAN, 1996, p. 167).

A segurança jurídica, por sua vez, não significa apenas previsibilidade do Direito e preservação de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, exigindo vários outros requisitos para sua ocorrência. Dessa forma, pode-se afirmar – ainda que de forma não unânime – que a segurança jurídica integra o conceito de justiça geral, independentemente da concepção que se adote para esta.

### 3 A CONSTITUIÇÃO COMO RESERVA DE JUSTIÇA

As discussões acerca da justiça são resultados das diversas visões particulares de mundo e decorrem da falta de acordo sobre os princípios que poderiam servir como ponto de partida para a elaboração das regras de justiça (PERELMAN, 1996, p. 59). Entretanto, há um ponto de convergência entre as diversas opiniões: a Constituição, uma vez que ela consiste em forma de justiça institucionalizada. Uma das principais funções da lei constitucional é a revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política sobre princípios, valores e ideias-diretrizes que lhe servem como padrão de conduta política e jurídica (CANOTILHO, 2003, p. 1438).

Uma Constituição pode ser vista como um sistema operacional básico pelo qual mecanismos políticos e jurídicos de uma sociedade são estruturados (KREIMER, 1999, p. 640). Também pode ser vista como uma série de concepções que constituem a melhor descrição dos ideais morais pelos quais a sociedade deve ser guiada ou ainda pode ser considerada como um elemento que define a identidade nacional (KREIMER, 1999, p. 640). Cada um desses modelos tem um lugar no Direito Constitucional, sendo que diferentes disposições podem ser interpretadas com ênfase em diferentes modelos (KREIMER, 1999, p. 640).

A ideia de Constituição como reserva de justiça ganhou força com a necessidade de afirmação das normas constitucionais como garantidoras de direitos emergenciais para solucionar justamente os problemas de uma sociedade carente de inclusão (CANOTILHO, 2003, p. 1358/1359). Dessa forma, ocorreu a positivação dos direitos fundamentais “[...] por meio da consagração dos direitos nos textos jurídicos, antes projetados apenas no plano da filosofia política” (SAMPAIO, 2010, p. 191).

Os direitos fundamentais são inseridos na Constituição como resultado da luta pelo reconhecimento e reivindicações constantes por parte da sociedade em determinado momento histórico. Nesse contexto, a Constituição deve transpor/superar as perspectivas temporais, colocando no lugar do passado a abertura para o futuro, pois o velho direito se torna facilmente obsoleto em face do novo direito previsto na Constituição (LUHMANN, 1990, p. 15). A abertura para o passado significa considerar qualquer argumento histórico pelo qual seja possível afirmar direitos ou provar que determinada regra jurídica vale desde tempos

imemoriais. Já a abertura para o futuro significa que o direito prevê sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente especialmente mediante disposições procedimentais, mas também mediante a abertura da legislação à influência política (LUHMANN, 1990, p. 15).

Em meio ao direito intertemporal<sup>25</sup> o sistema constitucional resulta de tensões entre valores de permanência e valores de mudança (SAMPAIO, 2005b, p. 339). A permanência se traduz na confiança, previsibilidade e segurança, mas também estabiliza distúrbios sistêmicos como, por exemplo, a desigualdade social crônica, impedindo transformações emancipadoras (SAMPAIO, 2005b, p. 339). A mudança, por sua vez, atualiza os consensos, mantendo uma identidade democrática entre as decisões sociais e a vontade popular, mas gera um clima de incertezas, demagogias e retraimento social (SAMPAIO, 2005b, p. 339).

A garantia do direito adquirido corresponde ao momento de permanência, pois trata dos direitos como confiança, mas também como bloqueio a mudanças (SAMPAIO, 2005b, p. 340). A cláusula de proibição do retrocesso social também se conjuga com a permanência, mas mitiga o sentido reacionário das transformações por admitir apenas mudanças que alarguem o postulado da igualação de oportunidades, tratando dos direitos como bloqueio a retrocessos sociais (SAMPAIO, 2005b, p. 340).

A partir do Século XVIII, além de regras de organização dos poderes públicos, as Constituições passaram a conter os princípios fundamentais norteadores da atuação estatal enunciados nas declarações de direitos que caracterizavam a natureza e os fins do Estado (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 114). Dessa forma, as declarações de direitos positivaram nas Constituições o discurso dos direitos naturais.

Dentro do processo de positivação quatro características se destacam: fundamentação, titularidade, alcance espacial e natureza jurídica. Na fundamentação, “[...] o jusracionalismo substituiu uma certa tradição imemorial, consuetudinária e histórica das liberdades por uma base racional” (SAMPAIO, 2010, p. 191), de modo a atribuir “[...] segurança aos direitos, pois em lugar de sua evidência ou dedução racional apenas, impunha-se a certeza de uma declaração expressa” (SAMPAIO, 2010, p. 191). Concomitantemente, a realização ou efetividade dos direitos “[...] ao invés de derivar de sua ínsita racionalidade, passou a decorrer

---

<sup>25</sup> Direito intertemporal é o direito que lida com o conflito de leis no tempo, buscando solucionar os problemas decorrentes da sucessão de normas ao definir a esfera de incidência de cada uma delas (SARMENTO, 2012, p. 1945).

do grau positivo de vinculação dos poderes públicos a exigir efetividade” (SAMPAIO, 2010, p. 191).

A titularidade dos direitos fundamentais inicialmente se referia a “todos os homens” de forma abstrata e o alcance espacial estava limitado às fronteiras do Estado-Nação (SAMPAIO, 2010, p. 191). No tocante à natureza jurídica sua formulação se iniciou em declarações que precederam as Constituições (França – 1791, 1793 e 1795), abrindo discussão sobre sua força jurídica ou, sem qualquer discussão a esse respeito, resultantes de emendas constitucionais anexas ao texto original (Estados Unidos – 1791) ou ainda em artigos integrantes do corpo da Constituição (Espanha – 1812, França – 1814, Brasil – 1824) (SAMPAIO, 2010, p. 191).

Com a positivação dos direitos fundamentais na Constituição, aumentou-se a responsabilidade do direito constitucional e intensificou-se a pressão da flexibilidade sobre ele, pois a problemática das expectativas de justiça deixou de se concentrar sobre todo o sistema social para se deslocar obsessivamente para a lei fundamental (CANOTILHO, 2003, p. 1359). Nesse contexto, a teoria da constituição buscou apoio nas teorias da justiça e nas teorias do discurso (CANOTILHO, 2003, p. 1359) sem, entretanto, ser substituída por estas (CANOTILHO, 2003, p. 1361).

Na leitura de alguns autores a reserva de justiça levou à introdução de normas constitucionais qualificadas pela previsão de imutabilidade total ou relativa dos núcleos de sentido da justiça constitucionalmente positivados. Oscar Vilhena Vieira afirma que a Constituição Federal de 1988 apresenta um processo simplificado para a reforma constitucional, o que permite a constante atualização do texto por meio de emendas constitucionais (VIEIRA, 1999, p. 28). Entretanto, tal flexibilização poderia fragilizar os elementos fundamentais da Constituição, sendo necessário, portanto, construir um grupo de cláusulas superconstitucionais inalteráveis. Dessa forma, formou-se um núcleo constitucional material dentro do documento formal da Constituição que, juntamente com as limitações materiais ao poder de reforma, funciona como barreira ao poder constituinte reformador (VIEIRA, 1999, p. 29).

As cláusulas superconstitucionais se prestam a salvaguardar valores nucleares e fundamentais da Constituição, além de auxiliarem a interpretação constitucional “[...] suprindo as dificuldades e tensões interpostas pela desformalização do direito constitucional que acompanham a implementação de uma Constituição tão vasta como a brasileira”

(VIEIRA, 1999, p. 29). Porém, uma má formulação, compreensão ou interpretação dessas cláusulas pode implicar em uma barreira de proteção a favor de privilégios ou instituições incompatíveis com as necessidades historicamente impostas (VIEIRA, 1999, p. 29). Assim sendo, as cláusulas superconstitucionais “[...] devem assegurar proteção especial àqueles direitos, princípios e instituições que, além de essenciais à formação de uma vontade democrática, constituem verdadeira reserva constitucional de justiça” (VIEIRA, 1999, p. 29/30).

A legitimidade das cláusulas superconstitucionais não repousa apenas sobre sua origem em uma Assembleia Constituinte, mas também sobre seu conteúdo, uma vez que essas cláusulas devem ser passíveis de justificação racional como pressupostos essenciais de um processo de associação política fundado na igualdade e na autonomia dos indivíduos (VIEIRA, 1999, p. 30). Tais cláusulas são, concomitantemente, instrumentos de preservação e limitação da democracia, favorecendo a manutenção dos avanços já alcançados e possibilitando novos avanços:

Se concebidas como paradigmas de justiça constitucional, adequadamente interpretadas e aplicadas pelo Judiciário, as cláusulas superconstitucionais podem se tornar um mecanismo que habilita e fortalece a igualdade e a autonomia, fundamentos e elementos essenciais à própria existência de um regime democrático. Ao retirar do âmbito de deliberação majoritária aqueles direitos, princípios e instituições que constituem a reserva de justiça da Constituição, as cláusulas superconstitucionais transformam-se em legítimo instrumento de preservação da democracia, paradoxalmente, ao limitá-la (VIEIRA, 1999, p. 30).

Ao tratar das cláusulas pétreas constitucionais Daniel Sarmiento afirma que não se pode proibir de forma absoluta que as gerações futuras deliberem sobre determinadas questões, pois dessa forma elas ficariam privadas da capacidade de escolherem seus próprios caminhos (SARMENTO, 2008, p. 06). Porém, essas cláusulas se revestem de força normativa e são necessárias para salvaguardar determinados valores fundamentais que não podem ficar expostos nem mesmo à vontade das maiorias qualificadas como capazes de alterar a Constituição (SARMENTO, 2008, p. 06). Lado outro, a petrificação da ordem constitucional em excesso é um mal, mas no caso brasileiro esse problema pode ser evitado pelo intérprete no momento da definição da extensão e profundidade das cláusulas pétreas (SARMENTO, 2008, p. 06). Nessa ocasião, deve-se atentar para o princípio democrático que tem papel essencial na discussão sobre tal matéria (SARMENTO, 2008, p. 06).

Para José Adércio Leite Sampaio existem seis grandes funções que a Constituição deve cumprir: de legitimação, de estabilização do poder, de consagração de um mínimo de valores e princípios que sejam compartilhados ou compartilháveis por todos; de pedagogia político-constitucional; de juridificação e de racionalização do processo político (SAMPAIO, 2013b, p. 115).

A democracia entendida como governo efetivo do povo exige que todos sejam respeitados em direitos e sejam considerados como agentes capazes de deliberação (SAMPAIO, 2013b, p. 116). Nesse contexto, “[...] os ocasionais derrotados em suas teses e propostas devem ter participado do processo decisório, mesmo que contrafactualmente, e sua capacidade de agentes deliberativos não pode ser questionada ou posta em risco pelo resultado da maioria” (SAMPAIO, 2013b, p. 116).

A democracia envolve quase sempre o conflito, mas desde o início há reiteradamente um projeto normativo de consenso provisório em relação ao conteúdo e duradouro em relação à forma e procedimento (SAMPAIO, 2013b, p. 116). O processo democrático “[...] também importa o desarme dos espíritos e das mãos na procura da melhor alternativa possível, o que maximiza o reconhecimento e aceitação da decisão adotada” (SAMPAIO, 2013b, p. 116/117). Assim sendo, esse processo consiste no meio mais hábil de pacificação coletiva (SAMPAIO, 2013b, p. 117).

Apesar das objeções, mesmo em uma sociedade plural há um denominador comum de crenças e concepções de mundo que compõem o núcleo axiológico duro da consciência histórica como a paz, a dignidade humana, o Estado de Direito e a democracia (SAMPAIO, 2013b, p. 116). É possível se argumentar, por exemplo, que tais valores são predominantemente ocidentais, especialmente no que tange às formas de Estado (SAMPAIO, 2013b, p. 116). Porém, “[...] o Estado de Direito, com suas bases lançadas sobre o limite do poder e da legalidade, não encontra adversário paradigmático no estágio atual das coisas políticas” (SAMPAIO, 2013b, p. 116), pois “[...] mesmo o mais liberal dos Estados de Direito promove com mais eficácia a paz e a dignidade humana” (SAMPAIO, 2013b, p. 116).

A pedagogia constitucional se relaciona com a “cultura da Constituição” e com as formas de propaganda de valorização do texto constitucional existente que, diariamente, tentam renovar o consenso em torno dele, abrangendo seu simbolismo e a axiologia dos princípios que contém (SAMPAIO, 2013b, p. 116).



A juridificação do processo político consiste na disciplina da formação, desenvolvimento e decisão da vontade política e ainda da mediação de conflitos entre as diferentes propostas de governo (SAMPAIO, 2013b, p. 115/116). Ela estabelece regras que garantem pelo menos um sentido fraco de racionalização, mas não é fechada e sim aberta e flexível. Apesar de ser mais procedimental, a juridificação não desconsidera a garantia das outras finalidades constitucionais (SAMPAIO, 2013b, p. 116).

As funções constitucionais, entretanto, não escapam de críticas. Frequentemente há o uso e a manipulação de expressões políticas e constitucionais esvaziadas de sentido visando legitimar estados de dominação (SAMPAIO, 2013b, p. 117). A democracia política então “[...] se exerce e se expressa como um ‘local vazio’, onde há apenas encenações dos atores políticos, movidos por interesses próprios, e a ilusão de um povo autorrepresentado e legislador” (SAMPAIO, 2013b, p. 117). A retórica “[...] recheada de termos expressivos e significativamente nulos, como ‘Estado de Direito’ e ‘dignidade humana’, funciona na verdade como uma grande máscara dos poderes efetivos reinantes, alienando os dominados e oprimidos” (SAMPAIO, 2013b, p. 117). Nesse contexto, a legitimidade política é um simulacro de texto e más intenções (SAMPAIO, 2013b, p. 117).

A solução para a questão implica em “[...] desmascarar os encenadores e retomar o projeto irrealizado da modernidade na busca da máxima igualdade e liberdade para todos” (SAMPAIO, 2013b, p. 117). Apesar de deturpadas pelo uso, as palavras não perderam o seu sentido original e teoricamente emancipador (SAMPAIO, 2013b, p. 117). Assim sendo, a primeira grande tarefa da pragmática é reconstruir a semântica renunciando aos essencialismos para, posteriormente, adotar o símbolo da transformação social e, por fim, se direcionar para as práticas que proporcionam um autogoverno real, que objetiva um mundo livre e igual (SAMPAIO, 2013b, p. 117).

Retomando-se a função de consagrar um mínimo de princípios e valores compartilhados ou compartilháveis por todos, a Constituição positivou o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, que é identificado como um valor transindividual, social ou comunitário (SAMPAIO, 2013b, p. 582). Além de criarem direitos subjetivos para seus titulares, as normas de direito fundamental se irradiam pela ordem jurídica como “valores positivados” ou “princípios superiores do ordenamento jurídico”, inspirando a produção normativa em todos os setores do Direito e criando deveres fundamentais para o Estado (de realização, promoção e proteção), para os demais agentes privados (de respeito ou submissão)

e para o próprio titular do direito (de indisponibilidade e exercício não abusivo ou inespecífico) (SAMPAIO, 2013b, p. 582). Nesse contexto, os direitos fundamentais são uma “ordem objetiva e concreta de valores” que deve ser promovida pelo legislador, pelo juiz e pela Administração Pública, cada um deles em sua respectiva tarefa constitucional (SAMPAIO, 2013b, p. 583).

Como resultado do consenso acerca desses princípios e valores, a Constituição institucionalizou a noção de justiça geral compartilhada pela sociedade, constituindo ela mesma uma reserva de justiça. Essa reserva de justiça geral se desdobra em diversos direitos e garantias, entre os quais se situa a segurança jurídica. Trata-se de reserva porque contém o núcleo de justiça que está acima de qualquer discussão positiva acerca do conteúdo da justiça institucionalizada, e também porque ela está apartada das deliberações ordinárias do poder reformador.

A Constituição incorporou a linguagem dos direitos naturais e trouxe para dentro do texto a ideia de justiça não só material (a lei não pode violar direitos), mas também no sentido processual (procedimentos). Entretanto, seu conteúdo não é estático no tempo, ou seja, não se encontra parado no momento de sua elaboração, pois além das emendas formais também podem ocorrer emendas interpretativas – daí a necessidade das aberturas da Constituição, como se verá adiante. Dessa forma, busca-se evitar elementos exteriores ao Direito, possibilitando um auto-referenciamento deste e também preservando seu código binário (sim/não; lícito/ilícito, etc.).

A norma constitucional, por ser também norma positiva, reaproxima o Direito e a justiça, pois é uma norma que contém conceitos de valor que pedem uma atuação criativa e suscetível de adequar-se às mudanças inevitáveis do próprio “valor” (CAPPELLETTI, 1984, p. 130). Referida norma é uma tentativa – ainda que talvez impossível, mas profundamente humana – de transformar em direito escrito os “valores supremos”, ou seja, de definir o que não se pode definir (CAPPELLETTI, 1984, p.130). A justiça constitucional é a garantia dessa definição, mas é também o instrumento para torná-la aceitável, adaptando-a às exigências concretas de um destino de perene mutabilidade (CAPPELLETTI, 1984, p. 130). Para essa definição (positivação) o engenho criativo do homem descobriu precisamente na justiça constitucional o instrumento mais refinado e aperfeiçoado, embora sujeito a erros, variações e defeitos como todos os instrumentos humanos (CAPPELLETTI, 1984, p. 130).

A segurança jurídica do Direito exige a positividade dele e, nesse sentido, há entroncamento com a Constituição, uma vez que ela é o fundamento de validade do Direito positivo (SILVA, 2005, p. 16). O Direito positivo estabelecido tende a se impor com incondicional validade e obrigatoriedade independentemente até mesmo de sua justiça, porém a Constituição condiciona não só a sua validade, mas também certas exigências acerca de seu conteúdo (SILVA, 2005, p. 16). A Constituição tem como missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se centram todas as outras demais manifestações dos direitos fundamentais do homem (SILVA, 2005, p. 16).

Direito seguro não é sinônimo de Direito justo, pois na história existem exemplos de ordenamentos positivos injustos, como o nazifascista, o regime militar brasileiro<sup>26</sup> e outros sistemas autoritários (SILVA, 2005, p. 16). Em regra, um Direito inseguro é também um Direito injusto por não assegurar o princípio da igualdade e, assim sendo, a segurança legítima do Direito é aquela que significa a garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças (SILVA, 2005, p. 16). O Direito seguro legítimo deve o ser para todos, ou seja, a segurança não deve ser apenas garantia de tranquilidade das classes dominantes, mas igualmente e na mesma proporção deve ser garantia de vida digna para as classes menos favorecidas (SILVA, 2005, p. 17).

Nesse contexto, antes de analisar especificamente o direito à segurança jurídica, é necessário aprofundar o conceito de Constituição e a sua importância no processo histórico das sociedades e do Direito.

### **3.1 Conceitos de Constituição**

Assim como a diversidade dos conceitos de justiça, as concepções de Constituição também são objeto de controvérsia na doutrina. Entretanto, algumas definições – ainda que generalizadas – são possíveis.

---

<sup>26</sup> Explica José Afonso da Silva que o regime militar brasileiro “[...] continha o máximo de segurança jurídica por meio de uma ordem jurídica excepcional voltada para sua própria garantia, sem consideração alguma para com o princípio da justiça” (SILVA, 2005, p. 16).

Uma concepção objetiva e formal compreende a Constituição “[...] como um documento de norma ou esquema de fontes normativas de grau elevado, sob a teoria da formação de direito por degraus, [...] sobressaindo-se o caráter constitucional da simples posição sistêmica da norma ou de sua eficácia jurídica *a priori*” (SAMPAIO, 2002, p. 14/15).

Na concepção funcional e material a Constituição pode ser entendida nos termos do liberalismo conservador “[...] como fórmulas sintéticas de normas organizatórias que reproduzem o *status quo*” (SAMPAIO, 2002, p. 15), nos termos do formalismo procedimentalista “[...] como mero procedimento de tomada de decisões política e juridicamente vinculantes” (SAMPAIO, 2002, p. 15) ou ainda em uma concepção material diversa “[...] como esquema de ordenamento da dominação e dos valores [posição jurídico-política dos indivíduos] no Estado” (SAMPAIO, 2002, p. 15).

Nos termos do garantismo ou fundamentalismo pode-se compreender a Constituição “[...] como instrumento precípua de garantias dos direitos fundamentais, concebidos como ‘cartas de trunfo’ ou ‘curingas’ (*trump cards* ou *rights as trump*) contra as maiorias ocasionais” (SAMPAIO, 2002, p. 15), desdobrando-se em fundamentalismo liberal ou deontológico – “direito de igual respeito e consideração” (SAMPAIO, 2002, p. 15) –, fundamentalismo conservador – “direito de propriedade” (SAMPAIO, 2002, p. 15) – ou fundamentalismo coletivista – “direitos de grupos sociais desfavorecidos” (SAMPAIO, 2002, p. 15). Desdobra-se também nos termos de Constituição instrumental ou dirigente, “[...] podendo-se imaginar a visualização normativa de um programa socialmente impulsionado, a começar pelo estabelecimento de objetivos positivos e de tarefas ou prestações que o poder deve cumprir em benefício da comunidade” (SAMPAIO, 2002, p. 15/16) ou ainda como “[...] um sistema de conexão interna entre autonomia privada e autonomia política, aproximando os extremos, real e normativo” (SAMPAIO, 2002, p. 16).

Em uma concepção material ou normativa a Constituição é “[...] ‘normativa’ ou ‘axiologicamente orientada’, no sentido de ser apresentada como uma ordem de valor geradora de normas ou uma ordem de integração espiritual, acentuando-se, assim a inclusão reciprocamente do processo político na normação fundamental” (SAMPAIO, 2002, p. 16). Entretanto, como explica José Adércio Leite Sampaio, o sentido de “Constituição jurídica escrita” não é suficiente ao se perceber “[...] a necessidade de fusão dialética entre a estrutura de poder realmente existente (Constituição política) e ‘seu correlato objetivado em direito como Constituição jurídica objetivada’” (SAMPAIO, 2002, p. 16). Continua o autor:

Nenhuma perspectiva sobre o sentido dessa palavra pode, no entanto, deixar de lado as demais. Constituição é ordem normativa e ordem real em constante tensão, é a realidade que se integra ao campo normativo; são as normas que se projetam sobre o mundo fenomênico, numa interação que reúne componentes simbólicos importantes, diferenciando essa tensão de outras que também se contam no mundo jurídico entre fatos e normas (SAMPAIO, 2002, p. 18).

No plano do direito internacional a Constituição se apresenta como atributo simbólico da soberania, sendo uma espécie de “cartão de visita internacional” para os outros Estados ou governos (SAMPAIO, 2002, p. 18). Já no plano interno a Constituição pode ser compreendida como “[...] um ‘contrato’ ou ‘pacto fundador’ que tem um papel decisivo como forma de integração total ou de autoconstrução da identidade comunitária” (SAMPAIO, 2002, p. 18).

A Constituição reúne os sentidos de pacto federal ou social, se apresentando como um programa de normas orientado e realizado pelos atores constitucionais, ou seja, ela é concomitantemente fonte e produto das interações cotidianas desses atores (SAMPAIO, 2002, p. 19). Não pode dispor exclusivamente sobre as regras de formação da vontade política ou ser uma ordem dura de valores, devendo ser uma obra inacabada por se limitar às suas contingências, ao seu tempo e ao seu povo (SAMPAIO, 2002, p. 19). Nesse contexto, cabe ao jurista “[...] pôr em marcha essa tendência dispersiva do texto sem permitir que se esvaia o sentido de norma ou que se destrua a engenharia original dos fundadores” (SAMPAIO, 2002, p. 19).

Em uma concepção jurídico-normativa a Constituição configura e ordena os poderes do Estado por ela construídos, além de estabelecer os limites do exercício do poder, o âmbito de liberdades e direitos fundamentais, e ainda os objetivos positivos e as prestações que o poder deve cumprir em benefício da comunidade (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 49). Nesse contexto, a Constituição consiste em um sistema obrigatório que emana do povo como titular da soberania, cujos preceitos se dirigem tanto aos diversos órgãos de poder por ela estabelecidos quanto aos cidadãos (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 49).

A Constituição não é, entretanto, apenas uma norma, mas sim a primeira das normas de todo o ordenamento, ou seja, a norma fundamental e superior. Isso ocorre primeiramente porque é ela que define o sistema de fontes formais do Direito e, assim sendo, uma lei somente será válida se estiver em conformidade com a Constituição (GARCIA DE

ENTERRIA, 1983, p. 49). Secundariamente, porque há uma pretensão de permanência ou duração da Constituição, uma vez que ela expressa a intenção fundadora e configuradora de um sistema inteiro que nela se baseia em contraponto às normas ordinárias, que possuem uma intenção limitada à objetivos mais concretos e singulares dentro do marco globalizador e estrutural estabelecido por aquela (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 50).

Da ideia de superioridade da norma Constituição decorre a distinção entre o poder constituinte que cria a Constituição e os poderes constituídos por este, do qual emanam todas as normas ordinárias (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 50). Essa distinção, por sua vez, é responsável pela rigidez da norma constitucional que assegura a superlegalidade formal, ou seja, que impõe formas rígidas de modificação constitucional em comparação aos procedimentos legislativos ordinários (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 50). Também é essa distinção que reconhece a superlegalidade material, ou seja, que assegura à Constituição uma preeminência hierárquica sobre as demais normas do ordenamento (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 50).

Contrapondo-se à distinção desenvolvida por Ferdinand Lassalle (2000) entre a Constituição escrita na folha de papel e a Constituição real condicionada aos fatores de poder que regem determinado país, Konrad Hesse afirma que não se pode separar a ordenação da realidade (HESSE, 1991, p. 13). A norma constitucional não existe de forma autônoma, uma vez que “[...] sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (HESSE, 1991, p. 14).

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 15).

A Constituição possui uma força normativa que se diferencia da força condicionante da realidade, mas elas não podem ser separadas (HESSE, 1991, p. 15). A força normativa não necessita apenas de adaptação inteligente à realidade, pois a Constituição deve se converter por si mesma em força ativa (HESSE, 1991, p. 19). Para tanto, ela deve provocar na consciência geral uma “vontade de Constituição” que se baseia em três vertentes: a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa sólida e resistente que

proteja o Estado contra o arbítrio; a compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma simples ordem legitimada pelos fatos e que por isso necessita de constante processo de legitimação; e a consciência de que essa ordem não será eficaz sem o concurso da vontade humana (HESSE, 1991, p. 19/20).

Por meio de sua força ativa a Constituição é capaz de conferir forma e modificar a realidade política e social (HESSE, 1991, p. 24). Porém, não se podem ignorar os limites das situações e forças que atuam no funcionamento da vida do Estado, pois o Direito Constitucional deve se conscientizar desse condicionamento da normatividade<sup>27</sup> (HESSE, 1991, p. 26).

A força normativa, por sua vez, depende da satisfação de pressupostos de conteúdo (correspondência à natureza singular do presente e capacidade de se adaptar a uma eventual mudança da realidade) e práxis (compartilhamento da vontade da Constituição e interpretação favorável à concretização de suas normas) do texto constitucional (HESSE, 1991, p. 20/23).

A Constituição, portanto, não é mera folha de papel e consiste em verdadeira norma de cumprimento obrigatório, responsável por dar forma à vida dentro do Estado. Seus preceitos são resultado do consenso da comunidade acerca dos direitos e deveres que norteiam o funcionamento do Estado havendo pretensão de eficácia de todas as suas normas, pois não se pode dissociar seu texto da realidade.

A “vontade de Constituição” se expressa em um patriotismo constitucional de todos em favor da “permanência móvel” da Constituição (SAMPAIO, 2004, p. 51). Propõe-se uma cidadania multicultural marcada pela inclusão, pois a coletividade política deve permanecer aberta aos cidadãos de qualquer origem, sem forçar a uniformidade de uma nação (HABERMAS, 2001, p. 93/94). Nas sociedades multiculturais há uma “política de reconhecimento”, pois a identidade de cada cidadão singular está entrelaçada com as identidades coletivas e necessita de estabilização em uma rede de reconhecimentos recíprocos (HABERMAS, 2001, p. 94).

---

<sup>27</sup> Explica Hesse: “Isso significa que o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus limites. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E esta força tem limites. [...] Subsiste para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envia esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder” (HESSE, 1991, p. 26/27).

O patriotismo constitucional resulta do processo de desligamento da cultura política da cultura da maioria, pois todos os cidadãos devem poder se identificar igualmente com a cultura política de seu país (HABERMAS, 2001, p. 95). Por meio da participação democrática forma-se a cultura política legítima institucionalizada na Constituição, pois “[...] a construção da vontade e da opinião estruturada publicamente na forma de uma discussão torna possível um entendimento racional e político também entre desconhecidos” (HABERMAS, 2001, p. 94). Nesse contexto, fala-se em Constituição pluridimensional em razão de suas quatro aberturas:

a) *ao espaço* – abrindo ao interior (ordenamento sub ou infraconstitucionais) e ao exterior (ordenamentos supraconstitucionais); b) *ao tempo* – pois é resultado de operações pretéritas, mas se nutre da esperança dos homens ainda sem rosto que ocupam o futuro [...]; c) *ao mundo dos sentidos* – pois que é aberta a concretizações pela ação patriótica; e d) *aos projetos de vida boa* – porque define pouco da substância axiológica (núcleo constitucional duro), disponibilizando-se a contextualizações e procura do bem comum e individual (SAMPAIO, 2004, p. 54).

Percebe-se, portanto, que a Constituição é o ponto de encontro entre os membros da sociedade multicultural: ela promove os meios adequados para a efetiva participação democrática e, concomitantemente, positiva as escolhas resultantes desse processo democrático. Sua legitimidade e conteúdo não são estáticos, devendo haver um processo discursivo contínuo para atender às novas necessidades da sociedade multicultural sem prejudicar, entretanto, as conquistas já existentes. Nesse contexto, os aspectos formais da Constituição como a sua vocação de permanência e rigidez (BARROSO, 2001, p. 57) visam garantir seu papel moderador sobre as vontades cambiantes das maiorias, configurando verdadeira reserva de justiça.

### **3.2 Proteção constitucional da segurança jurídica**

O princípio da segurança jurídica é um dos elementos constitutivos do Estado de direito, pois “[...] o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida” (CANOTILHO, 2003, p. 257). Como já demonstrado, entretanto, após a filtragem da justiça a segurança jurídica não significa apenas



certeza do direito<sup>28</sup>. Cabe ao direito constitucional positivo traduzido na Constituição definir os contornos da segurança jurídica da cidadania (SILVA, 2005, p. 17), tendo sempre em vista que a segurança, a ordem e a certeza são instrumentos de efetivação da justiça em sua feição social (SILVA, 2005, p. 30).

A Constituição Federal brasileira de 1988 trata da segurança em diversos momentos, sendo mencionada até mesmo no preâmbulo, que afirma o Estado Democrático brasileiro e a necessidade de garantir a segurança (BRASIL, 1988). A doutrina dominante concorda com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de não se admitir o preâmbulo constitucional como parâmetro para o controle de constitucionalidade ou como fundamento autônomo de direitos e obrigações, refutando-lhe qualquer tipo de expressão normativa, embora sem lhe atribuir caráter meramente político ou programático (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 79). Assim sendo, admite-se “[...] que o preâmbulo tenha eficácia normativa indireta e não autônoma, como parâmetro auxiliar para a interpretação e aplicação do direito e argumento adicional para a fundamentação de decisões judiciais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 79).

Ingo Wolfgang Sarlet defende, entretanto, que no preâmbulo existem diversos princípios e objetivos que não perdem sua força jurídica em razão do fator “topográfico” e servem “[...] inclusive como parâmetro do controle de constitucionalidade e mesmo com eficácia derogatória de norma anterior e manifestamente incompatível com seu sentido” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 80)<sup>29</sup>.

Além do preâmbulo, segurança está no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, por determinação do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Ela é mencionada ainda como direito social no art. 6º também da Constituição (BRASIL, 1988).

José Afonso da Silva aponta a segurança jurídica como princípio e tarefa do Estado Democrático de Direito, identificando-a com o art. 5º, incisos XXXVI a LXXIII, da

---

<sup>28</sup> Nesse sentido ver o item “2.2.2 A filtragem da justiça”.

<sup>29</sup> Vale citar a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, embora se possa reconhecer que a invocação de Deus [...] não tenha sequer o caráter de uma disposição de cunho normativo, tal qual decidido pelo STF [...], no Preâmbulo existem diversos princípios (valores) e objetivos formulados pelo constituinte, ainda que em grande parte reproduzidos direta ou indiretamente no corpo principal do texto constitucional, que são dotados de pelo menos similar normatividade do que aquela atribuída a princípios contidos na parte permanente da Constituição” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 755).

Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2012, p. 122). Há um direito a segurança que se desdobra em garantias como segurança de domicílio, segurança das comunicações pessoais, segurança em matéria penal e segurança em matéria tributária (SILVA, 2012, p. 437 e ss.)

À segurança jurídica propriamente cabe a tarefa de garantir a estabilidade dos direitos subjetivos, pois aquela exige que os indivíduos tenham certeza de que as relações realizadas sob o império de uma norma perdurem, ainda que referida norma seja substituída (SILVA, 2012, p. 433). Nesse caso trata-se da segurança jurídica como garantia (SILVA, 2005, p. 17).

A Constituição reconhece ainda a segurança jurídica como proteção dos direitos subjetivos (SILVA, 2005, p. 17). A situação jurídica subjetiva é criada quando uma lei revogada produz efeitos em favor de um sujeito, dando origem a um simples interesse ou a um interesse legítimo, uma expectativa de direito, um direito condicionado ou a um direito subjetivo (SILVA, 2012, p. 433). Esse último recebe proteção jurídica por já integrar o patrimônio do sujeito, embora ainda não tenha sido exercido (SILVA, 2012, p. 122). Caso a lei sob a qual se formara o direito subjetivo seja revogada, deve-se atentar para a aplicação do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que preserva o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (SILVA, 2012, p. 434).

A segurança jurídica como direito social prevista no art. 6º da Constituição Federal de 1988 cuida da “segurança social”<sup>30</sup>, significando a previsão de vários meios revelados pelos direitos sociais que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas (SILVA, 2005, p. 23). Já a segurança jurídica por meio do direito abrange a “segurança do Estado” que versa sobre as condições básicas de defesa do Estado, e ainda a “segurança das pessoas” que trata da manutenção da ordem pública contra o crime em geral (SILVA, 2005, p. 24).

As condições básicas da defesa do Estado (segurança do Estado) estão nos arts. 36 a 41 da Constituição Federal de 1988, que tratam do estado de defesa e do estado de sítio. A defesa do Estado é defesa do território, da soberania nacional e da Pátria (SILVA, 2005, p. 24). Já a segurança pessoal (segurança das pessoas) se desdobra no direito a uma ordem pública segura e realizável pelas técnicas de segurança pública previstas no art. 144, e nas

---

<sup>30</sup> Segundo José Afonso da Silva a Constituição brasileira “[...] preferiu o espanholismo *seguridade social*, que, numa concepção mais avançada deve ter-se como meio de superar as deficiências da previdência social, caracterizada como seguro *social*, porque o destinatário de suas prestações é o *segurado*, aquele que, filiado obrigatoriamente, paga uma contribuição para fazer *jus* a ele (art. 201)” (SILVA, 2005, p. 23).

garantias penais previstas no art. 5º incisos XXXVII a XLVII, todos da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2005, p. 24).

A segurança jurídica pode ser identificada como garantia da previsibilidade e da confiança (SAMPAIO, 2005a, p. 06), destacando-se como consequência a preservação dos institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. O direito adquirido pode ser tomado como gênero, do qual são espécies o direito adquirido em sentido estrito, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (SAMPAIO, 2005a, p. 173). Nesse sentido de gênero, o direito adquirido é "[...] um complexo fático e normativo que atribui a seus titulares a garantia de vantagem do *status quo* contra novidades legislativas que o redefinem" (SAMPAIO, 2005a, p. 173).

Em definição fornecida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), art. 6º, parágrafo 1º, “[...] reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (BRASIL, 1942).

Nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo, direitos adquiridos são “[...] direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (BRASIL, 1942). O direito subjetivo, se não exercido, transforma-se em direito adquirido diante de nova lei, porque na vigência da lei anterior ele era exercitável e exigível pela vontade de seu titular e já foi incorporado pelo patrimônio deste (SILVA, 2012, p. 434). O direito adquirido se diferencia do ato jurídico perfeito por emanar de negócio fundado em lei e não diretamente da lei em favor do titular (SILVA, 2012, p. 436).

Já a coisa julgada ou caso julgado, por definição do art. 6º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), é “[...] a decisão judicial de que já não caiba recurso” (BRASIL, 1942). Entretanto, a garantia se refere à coisa julgada material e não formal (SILVA, 2012, p. 436), devendo-se aplicar o art. 467 do Código de Processo Civil, segundo o qual “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (BRASIL, 1973).

A segurança prevista no art. 5º da Constituição Federal de 1988 compreende também o direito fundamental à segurança jurídica no processo, entendida como direito à certeza, à

estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 756). Deve-se compreendê-la ainda como segurança jurídica pelo processo que exige respeito aos institutos da preclusão e da coisa julgada, à forma processual em geral e ao precedente judicial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 755).

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira relaciona a segurança jurídica com a certeza do devido processo legal, cuja previsão está no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988. Em uma sociedade linguisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos a única certeza pela qual se pode lutar é a de que em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional os melhores argumentos sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo e no momento da decisão, por um juiz que demonstre sua imparcialidade (OLIVEIRA, 2001, p. 80).

Percebe-se, portanto, que a segurança jurídica é um direito fundamental que integra o conceito de justiça geral institucionalizada na Constituição Federal de 1988 e é resultado do desejo da sociedade em ter segurança em todas as suas acepções.

[...] os direitos são resultado do encontro de suas premissas: as necessidades humanas e o consenso em torno das prioridades de sua satisfação. Aquelas são ambiciosas por natureza; este tem um quê de universalidade própria da moral materializada em decisões contingentes que, a pretexto de atender, refreiam o ímpeto de reprodução lepusgênica das necessidades. Fundamentais e humanos são sempre direitos como produto do consenso sobre as necessidades frustradas, sobretudo em decorrência de assimetria de poder, de domínio opressivo ou de exclusão de beneficiários de vantagens relevantes (SAMPAIO, 2010, p. 289).

Por ser um direito constitucionalmente garantido deve-se considerar a segurança jurídica como um norte a ser respeitado por todos os Poderes, pois a Constituição é fonte primária de todas as normas e possui força vinculante. Não se trata apenas de aspecto da justiça em geral ou abstrata pressuposta na própria ideia e conceito de Constituição, mas de elemento da justiça institucional ou concreta, incorporada pelo texto constitucional como reserva contra as variações de humor da política e os desafios das crises. A ideia de segurança geral está inserida na estabilidade desse texto constitucional e é também assegurada por ele na

forma da segurança jurídica prevista nos arts. 5º e 6º, que são elementos da justiça institucionalizada na Constituição Federal.

Considerando-se a tensão entre permanência e mudança, tradição e futuro, os critérios de solução das questões dela decorrentes não podem se resumir a uma única fórmula, uma vez que reúnem situações bem diversas (SAMPAIO, 2005b, p. 340). Em países marcados pela desigualdade social – como é o caso do Brasil – as possíveis alternativas devem se dar no sentido de reduzir a exclusão social, de um lado mitigando a intangibilidade dos direitos adquiridos – aqui entendidos como gênero – que reforcem o processo de exclusão social e, de outro, alargando o quadro normativo que amplie os direitos fundamentais em geral, especialmente os orientados a minorar o déficit de igualdade de oportunidades e a aprofundar o sentimento e o compromisso de solidariedade (SAMPAIO, 2005b, p. 341).

### **3.3 Segurança jurídica e proibição do retrocesso**

Considerando-se a Constituição como reserva de justiça, a proibição do retrocesso se tornou exigência da segurança jurídica. Desde o surgimento das Constituições como documento escrito, ampliou-se o leque de assuntos disciplinados em seu texto (SAMPAIO, 2005, p. 159). O legislador foi chamado ao processo de realização dos direitos que começavam a ser qualificados como fundamentais, uma vez que para sua efetividade exigia-se uma atuação decisiva do Estado na criação tanto de instrumentos jurídicos (especialmente leis) quanto de serviços públicos (SAMPAIO, 2005, p. 159).

Nesse contexto coube ao direito intertemporal resolver algumas situações, especialmente quando o quadro legislativo de integração começou a dar lugar a modelos mais flexíveis que importavam certo rebaixamento ou redução do âmbito de proteção normativa de um determinado direito (SAMPAIO, 2005, p. 159). Entretanto, a mudança encontrou a resistência dos reclames do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da justiça social, ambos já suficientemente entranhados na doutrina, e também de pronunciamentos dos tribunais da justiça constitucional de alguns Estados europeus (SAMPAIO, 2005, p. 159/160).

Inicialmente a doutrina europeia desenvolveu a vedação da proibição do retrocesso como uma “[...] catapulta de transformação social sem retorno na edificação de uma

sociedade justa idealizada” (SAMPAIO, 2005, p. 162). Assim sendo, cada legislação surgida era um degrau de conquista social irrenunciável e sem retorno e o legislador, ao desincumbir-se de sua tarefa de promoção dos direitos, se vinculava à própria lei, não podendo mais recuar daquele ponto (SAMPAIO, 2005, p. 162).

Por um lado focava-se nos direitos sociais como “bloco constitucional dirigente” e de outro na redução significativa do espaço de configuração legislativa entendida como “mera função executiva da Constituição” (SAMPAIO, 2005, p. 163). Promovia-se uma “constitucionalização” de certas leis e uma “petrificação” dos direitos (SAMPAIO, 2005, p. 163). Não obstante, a vedação do retrocesso interferia no processo democrático prejudicando a alternância do poder e a manifestação da vontade expressa nas urnas, por impedir que maiorias eleitas pudessem colocar em prática os programas de governo defendidos durante a campanha eleitoral adaptando a legislação existente (SAMPAIO, 2005, p. 163).

Além disso, discutia-se a submissão dos direitos sociais à “reserva do possível” em função da disponibilidade financeira do Estado e dos quadros de desenvolvimento econômico, que continuavam a informar o conteúdo do Direito (SAMPAIO, 2005, p. 163). Referidas disponibilidades poderiam sofrer flutuações negativas com o passar do tempo, exigindo a revisibilidade das políticas adotadas para a promoção social, sob pena de falência geral (SAMPAIO, 2005, p. 163).

No final do Século XX as crises econômicas dos “Estados sociais” europeus reforçaram as exigências do real, impondo uma atenuação da doutrina da irreversibilidade dos direitos sociais (SAMPAIO, 2005, p. 163). Manteve-se a proibição do retrocesso social em relação a esses direitos, mas agora ela se referia apenas ao seu núcleo essencial (SAMPAIO, 2005, p. 163). Nesse contexto, surgiram algumas correntes acerca da proibição do retrocesso que variavam de acordo com o grau da vedação, entretanto é ponto comum que o retrocesso a formas mais primárias do exercício dos direitos desprestigia o sistema de direitos e o sentido de solidariedade e dignidade humanas que informa a sociedade e seu devir (SAMPAIO, 2005, p. 164). O retrocesso alarga a exclusão social e conduz à perda de substância constitucional (SAMPAIO, 2005, p. 164).

Na Constituição brasileira de 1988 as garantias dos direitos adquiridos e suas subespécies, as limitações constitucionais de atos retroativos e as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais configuram uma opção constitucional pela vedação do retrocesso ao menos nestas hipóteses (SARLET, 2005, p. 98/99). Nesse sentido também se

podem citar os limites materiais impostos ao poder constituinte reformador, que constituem manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição. Entretanto, essas hipóteses não esgotam todas as situações carentes de uma proteção em face do retrocesso (SARLET, 2005, p. 99).

A proibição do retrocesso – também conhecida como *efeito cliquet*<sup>31</sup> – decorre implicitamente do sistema constitucional, sendo possível sistematizar alguns princípios e argumentos que reforçam sua existência e também sua conexão com a segurança jurídica, como o fez Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2005, p. 113/114):

a) o princípio do Estado democrático e social de Direito impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, que necessariamente abrange a proteção da confiança e também a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e contra atos de cunho retrocessivo de modo geral.

b) o princípio da dignidade da pessoa humana exige a satisfação de uma existência condigna a todos e tem como efeitos, em sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar.

c) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988) abrange a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Assim sendo, a otimização da eficácia e da efetividade do direito à segurança jurídica é indispensável e exige a maior proteção possível, incluindo-se a proteção contra medidas de caráter retrocessivo.

d) as manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição sobre a proteção contra medidas de cunho retroativo não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica.

e) o princípio da proteção da confiança impõe ao poder público o respeito à confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e também das relações jurídicas especificamente consideradas.

---

<sup>31</sup> José Adércio Leite Sampaio explica que em 1991 o Conselho Constitucional da França desenhou “[...] o que viria a ser chamado de proibição do retrocesso social (*acquis social*) ou *effét cliquet* ou de *standstill*, que visa impedir a substituição de leis de desenvolvimento de direitos a prestações que reduzirem o quadro de benefícios criados pela legislação caduca” (SAMPAIO, 2005, p. 162).

f) em função especialmente da segurança jurídica e da proteção da confiança, os órgãos estatais encontram-se vinculados às imposições constitucionais e à sua concretização no plano infraconstitucional, estando sujeitos a uma auto-vinculação em relação aos atos anteriores. Essa vinculação alcança tanto o legislador quanto os atos da administração e dos órgãos jurisdicionais em certa medida.

g) negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria admitir que os órgãos legislativos e o poder público de modo geral dispõem do poder de livremente tomar decisões ainda que em flagrante desrespeito à vontade expressa na Constituição, apesar de estarem vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais.

Apesar do elevado grau de consenso sobre a existência da proteção contra o retrocesso, há controvérsia acerca de sua amplitude, pois se reconhece que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto (SARLET, 2005, p. 116). Porém, uma legislação posterior mais restritiva somente será admissível em contextos de crise demonstrada e de insuficiência de recursos para a manutenção do custeio dos serviços e políticas sociais, desde que seja assegurado o núcleo essencial do direito atingido e se garanta o mínimo de existência digna (SAMPAIO, 2005, p. 164/165).

A proibição do retrocesso social não escapa das recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas limita a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e ainda do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2003, p. 339). Não se trata de proibição do retrocesso social em termos ideológicos, formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais especialmente no seu núcleo essencial (CANOTILHO, 2003, p. 340).

Apesar das diversas discussões sobre a composição do núcleo essencial e do mínimo de existência digna<sup>32</sup>, ao presente trabalho basta a compreensão de que a Constituição

---

<sup>32</sup> A controvérsia doutrinária foge ao foco do presente trabalho, mas vale citar a proposta de José Adércio Leite Sampaio para solucionar a questão: “Essa avaliação, apurada em sede jurisdicional, há de basear-se na razoabilidade de medidas de contenção, levando em conta a situação econômico-financeira do Tesouro, as demais despesas que se afetem a subsídios e prioridades que possam provocar um desfalque nos fundos orientados para a proteção social. Uma análise cuidadosa de números e registros contábeis vai além da apresentação de argumentos sobre dificuldades orçamentárias, sendo a perícia a exigência posta à mesa dos tribunais. Tarefa árdua, todavia, inevitável para a aferição de causa suficiente para justificar um recuo de um certo nível de proteção. A razoabilidade que se coloca como parâmetro de julgamento deixa de ser uma figura de retórica ou de colagem entre fundamento e dispositivo para ser o resultado prudencial da procura da justiça



institucionalizou a justiça geral conquistada, não se admitindo – ainda que de forma não absoluta – o retrocesso, desde que se mantenham as aberturas constitucionais que possibilitam novas evoluções e proporcionam o desenvolvimento do Direito Constitucional. Dessa forma, a proibição do retrocesso mantém os graus de segurança social e jurídica já alcançados sem, entretanto, engessar a Constituição.

#### 4 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A supremacia da Constituição em face de todas as normas associada a seu caráter central na construção e na validade do ordenamento obrigam a interpretação em conformidade com os princípios e regras constitucionais gerais ou específicos (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 95). Assim sendo, uma lei não deve ser declarada nula se puder ser interpretada conforme a Constituição, até mesmo por gozar de presunção de constitucionalidade (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 96)<sup>33</sup>. Entretanto, caso tal interpretação não seja possível é necessário se realizar controle de constitucionalidade para se retirar a norma violadora do ordenamento jurídico.

A garantia da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de defesa do Estado, que pode ser definida “[...] como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições)” (CANOTILHO, 2003, p. 887).

Com o advento do Estado constitucional, a defesa do Estado cedeu à defesa ou garantia da Constituição, pois se defende a forma de Estado “[...] tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o Estado constitucional democrático” (CANOTILHO, 2003, p. 887). Nesse contexto “[...] a defesa da constituição pressupõe a existência de garantias da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental” (CANOTILHO, 2003, p. 887/888).

As garantias da constituição não devem confundir-se com as garantias constitucionais. Estas [...] têm um alcance substancialmente subjetivo, pois reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a protecção

---

<sup>33</sup> Garcia de Enterría explica que não se trata de simples afirmação formal de que qualquer lei é válida até que seja declarada inconstitucional, pois existem outros fatores materiais que devem ser considerados: primeiramente, há uma confiança outorgada ao Poder Legislativo na observância e na interpretação correta dos princípios constitucionais; segundo, uma lei somente pode ser declarada inconstitucional se houver dúvida razoável sobre sua contradição com a Constituição; terceiro, quando uma lei é elaborada em termos amplos que permitem uma interpretação inconstitucional é necessário se presumir – caso seja razoavelmente possível – que o legislador subentendeu que a interpretação a ser aplicada será precisamente aquela que se mantenha dentro dos limites constitucionais (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 96).

dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade (CANOTILHO, 2003, p. 888).

Para Joaquim José Gomes Canotilho as garantias de existência da Constituição globalmente consideradas consistem na vinculação de todos os poderes públicos à essa Constituição e na existência de competências de controle político e jurisdicional do cumprimento das normas constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 888). Parte-se, portanto, da supremacia da Constituição por ser ela “[...] a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico” (CANOTILHO, 2003, p. 888).

A supremacia da Constituição demanda tarefas de concretização e desenvolvimento do Direito Constitucional em decorrência da força normativa das regras e princípios constitucionais que vincula todos os poderes públicos (CANOTILHO, 2003, p. 891). Ainda em razão da supremacia da Constituição, as demais normas do ordenamento jurídico devem observar seus limites, podendo sofrer controle de constitucionalidade. Assim sendo, a garantia da supremacia constitucional consiste em fundamento e objetivo do controle de constitucionalidade.

A instituição de controle jurisdicional de constitucionalidade, porém, não é consequência lógica inexorável da supremacia constitucional, pois é possível afirmar-se a superioridade das normas constitucionais em face da legislação sem se acolher a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade, confiando-se em outros meios para assegurar a prevalência da Lei Maior (SARMENTO, 2012, p. 52). Assim sendo, a adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade é uma escolha sobre o desenho institucional do Estado, de acordo com uma comparação entre os riscos e vantagens envolvidos na adoção do instituto, que variam conforme o contexto histórico e as tradições jurídicas e políticas de cada sociedade (SARMENTO, 2012, p. 52).

Considerando-se ambas as tarefas de concretização e de controle fala-se em justiça constitucional, pois esta se define como “[...] complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes” (CANOTILHO, 2003, p. 892).

Retomando-se a tarefa de controle, a Constituição é norma primária da produção jurídica por lhe ser reconhecido um status hierarquicamente superior, sendo ela o parâmetro

material para todos os atos do Estado e dos poderes públicos (CANOTILHO, 2003, p. 890). Assim sendo, os atos normativos somente serão conformes à Constituição se não violarem o sistema formal constitucionalmente estabelecido da produção desses atos e ainda se não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais fixados nas regras e/ou princípios constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 890).

Uma Constituição sem um Tribunal Constitucional que imponha sua interpretação e efetividade em casos de questionamentos fica à mercê do partido político que se encontra no poder, uma vez que este irá impor, por simples prevalência fática, a interpretação que lhe for mais conveniente no momento. Nesse contexto, a Constituição passa a ser politicamente instrumentalizada por determinado grupo ou partido frente aos outros (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 186).

Entretanto, dentro da justiça constitucional, a Constituição não é uma simples decisão existencial consumada em um momento único e sujeita às paixões das lutas políticas ulteriores, mas sim uma norma jurídica efetiva que articula de forma estável os elementos básicos da ordem política e social e que é capaz de funcionar normativamente como chave do sistema jurídico inteiro (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 187). Convém ressaltar que a justiça constitucional não pretende substituir a política, pois uma das funções básicas daquela é manter aberto o sistema para transformações permanentes e para o acesso das minorias ao poder (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 188).

À Suprema Corte (Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro) cabem as tarefas de colocar a Constituição acima dos interesses ocasionais dos grupos políticos, torná-la um ponto de referência comum para todos os grupos e cidadãos e assegurar sua efetividade como norma superior que regula a vida coletiva. Nesse contexto a Suprema Corte é um órgão especialmente apto a gerar consenso (GARCIA DE ENTERRIA, 1983, p. 193).

Apesar do papel central da Suprema Corte no controle de constitucionalidade, em razão da supremacia da Constituição outros órgãos também devem fiscalizar o respeito aos preceitos constitucionais. Não obstante, os momentos e os modos de realização do controle podem variar, dando origem às diversas classificações de controle de constitucionalidade, como se verá a seguir.

#### **4.1 Formas de controle de constitucionalidade**

Ao se classificar o controle de constitucionalidade em razão de seus sujeitos, três são as possibilidades: controle político, controle jurisdicional ou controle misto que conjuga as duas modalidades anteriores.

Fala-se em controle político de constitucionalidade dos atos normativos quando este é feito por órgãos políticos (CANOTILHO, 2003, p. 897). Esse modelo também recebe a denominação de controle francês e é realizado, por exemplo, pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional por meio de suas comissões (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1055).

O controle jurisdicional, por sua vez, pode apresentar três formas: difusa (modelo americano), concentrada (modelo austríaco ou europeu) ou mista (aceita as duas anteriores). Na forma difusa “[...] a competência para fiscalizar a constitucionalidade é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial” (CANOTILHO, 2003, p. 898). Já na forma concentrada “[...] a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros” (CANOTILHO, 2003, p. 898). Nessa segunda forma, a competência poderá ser atribuída a um órgão de jurisdição ordinária (Tribunal Supremo) ou a um órgão especial criado para tal finalidade (Tribunal Constitucional) (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Quanto ao modo de controle, este poderá ser por via incidental ou por via principal. O controle por via incidental também pode ser denominado como controle difuso ou concreto. Já o controle por via principal também recebe a denominação de controle concentrado ou controle abstrato, apesar desta última ser alvo de controvérsias na doutrina<sup>34</sup>.

Na via incidental (também denominada via de exceção) “[...] a inconstitucionalidade do acto normativo só pode ser invocada no decurso de uma acção submetida à apreciação dos tribunais” (CANOTILHO, 2003, p. 899) e somente “[...] é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto” (CANOTILHO, 2003, p. 899).

---

<sup>34</sup> Nesse sentido, ver: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. O autor defende a inexistência de um processo de controle de constitucionalidade abstrato, apontando semelhanças entre o procedimento do referido controle e o procedimento judicial comum, tais como a existência de contraditório, impedimentos e suspeições, partes interessadas, perícia, entre outros elementos. Dessa forma, para o autor não há que se falar em controle objetivo ou abstrato (p. 367 e ss.).

Na via principal “[...] as questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas, a título principal, mediante processo constitucional autônomo, junto de um Tribunal [...] com competência para julgar da desconformidade dos actos [...] de autoridades públicas” (CANOTILHO, 2003, p. 900). Nessa modalidade, determinadas entidades podem impugnar uma norma inconstitucional independentemente da existência de qualquer controvérsia (CANOTILHO, 2003, p. 900).

Quanto ao tempo ou momento, o controle pode ser preventivo ou sucessivo (também denominado repressivo). Se o controle é feito antes da entrada em vigor do ato normativo (ato imperfeito) trata-se de controle preventivo (CANOTILHO, 2003, p. 901). Entretanto, se o controle versar sobre um ato normativo perfeito trata-se de controle sucessivo (CANOTILHO, 2003, p. 901).

Convém ressaltar que as classificações/denominações do controle de constitucionalidade podem sofrer algumas variações doutrinárias. José Adércio Leite Sampaio, por exemplo, divide o contencioso de constitucionalidade em controle concreto que pode ser incidental ou direto, e em controle abstrato que pode ser preventivo/prévio/a priori ou sucessivo/posterior (SAMPAIO, 2002, p.130 e ss.)

Definindo-se as formas de controle adotadas no Brasil, em relação aos sujeitos o controle de constitucionalidade é misto (político e jurisdicional) em razão, por exemplo, da possibilidade de controle pelas Comissões das Casas Legislativas do Congresso Nacional, do veto a projeto de lei oposto pelo Executivo com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1055), entre outras.

Dentro do controle jurisdicional o Brasil conjuga o modelo difuso de constitucionalidade com ações diretas de inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal adotando, portanto, sistema misto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1058). Quanto ao momento, em regra, o controle jurisdicional é repressivo, pois em princípio somente se admite a instauração de processo de controle após a promulgação da lei ou da sua entrada em vigor (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1056).

#### **4.2 Jurisdição constitucional e legitimidade**

A Constituição reconhece o Poder Judiciário como seu principal guardião, entretanto não se sabe qual o alcance dessa atividade judicial (SAMPAIO, 2002, p. 565). Entre os argumentos favoráveis à atuação dos tribunais da jurisdição constitucional podem-se destacar em linhas gerais: a necessidade de reequilíbrio dos poderes constitucionais em razão do crescimento dos Poderes Legislativo e Executivo no *welfare state* (SAMPAIO, 2002, p. 62/63); a compensação do déficit de legitimidade da prática política contaminada por interesses de grupos determinados (SAMPAIO, 2002, p. 64/67); o reexame das razões do legislador para verificar a adequação da legislação aos dados empíricos disponíveis e à experiência social (SAMPAIO, 2002, p. 67/70); o papel de romper a aliança nacional dominante formada pela maioria legislativa e pela composição do tribunal da jurisdição constitucional (SAMPAIO, 2002, p. 70/72); a necessidade de respeitar as regras do jogo democrático de modo a se garantir o processo político adequado e a proteção das minorias (SAMPAIO, 2002, p. 72/79); a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais por serem estes a expressão da vontade popular de nível superior (SAMPAIO, 2002, p. 79/82); a posição privilegiada do juiz que está distante dos interesses políticos concretos, podendo promover de forma mais adequada a defesa do interesse público e das normas constitucionais (SAMPAIO, 2002, p. 82/91); a utilização da argumentação como legitimidade de modo que a decisão se apresente conforme a vontade concreta da comunidade (SAMPAIO, 2002, p. 91/94); a legitimidade extraída do *status quo* em razão de a jurisdição constitucional produzir efeitos positivos de aperfeiçoamento das instâncias sociais e processos de integração (SAMPAIO, 2002, p. 94/98); a supremacia da constituição como norma (SAMPAIO, 2002, p. 98/100); e a previsão constitucional expressa da competência das Cortes para realizar o controle de constitucionalidade das leis (SAMPAIO, 2002, p. 100/101).

Como argumento favorável à restrição da jurisdição constitucional há a crítica da supervisão do federalismo por um poder (o Judiciário) sem característica essencialmente política. Ao se considerar seu apelo político, os métodos e parâmetros judiciais não se apresentam a ele adequados (SAMPAIO, 2002, p. 565).

Nesse contexto, merece destaque a atuação minimalista da Suprema Corte dos Estados Unidos que, reconhecendo suas limitações, busca proferir decisões estreitas que não abrangem todo e qualquer tema que se relacione com o caso em apreciação. Para o minimalismo as decisões não devem dizer nada além do necessário para justificar um posicionamento, deixando de decidir certos pontos desnecessários para a solução do caso.

Os Estados Unidos adotam o modelo difuso de controle de constitucionalidade e em razão da inexistência de tribunais constitucionais<sup>35</sup> alguns autores desclassificaram o modelo norte-americano como o institucionalizador de uma jurisdição constitucional (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 208). O controle norte-americano é considerado difuso porque a *judicial review* formulada em *Marbury v. Madison* reconheceu a qualquer órgão do Poder Judiciário do país a competência para apreciar, no caso concreto, a lesão à norma constitucional, possibilitando ao juiz rever qualquer ato, seja ele legislativo ou executivo (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 208).

É interessante observar a postura da Suprema Corte norte-americana no intuito de preservar sua credibilidade e autoridade. A posição minimalista da Corte se ampara no fato de que para decidir às vezes os juízes precisam de informações que não estão à disposição da Corte ou nem mesmo à disposição de ninguém (SUSTEIN, 2001, p. 04) em razão da complexidade da questão. Dessa forma, ao se proferir uma decisão minimalista, evitam-se erros judiciais e não se fecha o espaço para a deliberação democrática (SUSTEIN, 2001, p. 04). Por não se concentrar na Suprema Corte, o minimalismo fortalece as outras instâncias deliberativas, ampliando a participação da sociedade e diminuindo os custos das decisões, embora seus defensores não afirmem que a decisão minimalista seja sempre a melhor opção (SUSTEIN, 2001, p. 49/50).

A crítica ao minimalismo ocorre pelo ângulo da teoria da argumentação em razão dos possíveis casuísmos e das inconsistências discursivas, pois a decisão minimalista pode se tornar “[...] mero instrumento de justificação posterior de decisões tomadas sob outros fundamentos, nem sempre reveláveis” (SAMPAIO, 2002, p. 565/566). Em contrapartida, sabe-se que uma decisão ampla também não teria o condão de evitar tais problemas, o que enfraquece mencionada crítica.

As decisões judiciais carecem de legitimidade quando não são formadas com a participação popular e, nesse contexto, o esforço do minimalismo para valorizar todas as instâncias de deliberação é louvável. Decisões sobre questões como o direito ao suicídio fisicamente assistido de pacientes em sofrimento e com morte iminente (SUNSTEIN, 2001, p. 76), ações afirmativas (SUNSTEIN, 2001, p. 117), orientação sexual (SUNSTEIN, 2001, p.

---

<sup>35</sup> Esclarece Luis Favoreu que “[...] uma Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos” (FAVOREU, 2004, p.15), pouco importando sua denominação formal.



137) e novas tecnologias (SUNSTEIN, 2001, p. 172), quando fundamentadas exclusivamente no entendimento da Suprema Corte, são ilegítimas por versarem sobre temas que afetam toda a sociedade.

A decisão judicial deverá apresentar uma argumentação que esteja em sintonia com a opinião pública de modo a servir como “[...] força simbólica ou de integração, de solidificação do pacto social” (SAMPAIO, 2002, p. 91). O juiz constitucional deve se manter em “[...] inter-relação constante que permita a construção de um consenso informado” (SAMPAIO, 2002, p. 92). Esse consenso resultará de um “[...] processo decisório ‘socialmente orientado’ e um dispositivo discursivamente fundamentado” (SAMPAIO, 2002, p. 92), cuja argumentação deve atender às exigências:

- Internamente: de coerência discursiva, guardando pertinência com o direito vigente, de modo a reforçar a certeza do direito; e
- Externamente: de se apresentar racionalmente apta à aceitabilidade dos co-associados, sobretudo se passar em um teste de transcendência do caso concreto (SAMPAIO, 2002, p. 92).

Entretanto, a argumentação dos juízes constitucionais não pode servir como recurso retórico para ocultar valores pessoais em um discurso pretensamente legítimo (SAMPAIO, 2002, p. 94). Há a necessidade permanente de abertura dos tribunais constitucionais para o debate público e a opinião pública deverá ser efetivamente considerada, pois somente dessa forma confere-se legitimidade às decisões de controle. Nesse sentido, Peter Häberle defende a sociedade aberta de intérpretes na qual o juiz constitucional não interpreta de forma isolada, pois existem vários participantes cujas formas de participação ampliam-se acentuadamente (HÄBERLE, 1997, p. 41). Assim sendo, “[...] o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática” (HÄBERLE, 1997, p. 48).

Hans Kelsen (2003) e Carl Schmitt (1983; 2007) trataram sobre quem deve ser o guardião da Constituição. Para Schmitt seria tarefa do Poder Executivo considerando-se a representatividade do Presidente e sua posição acima das brigas políticas – diferentemente das Cortes Constitucionais. Já para Kelsen seria papel de um Tribunal independente por ser ele o único capaz de controlar atos inconstitucionais praticados pelo Executivo ou Legislativo, não cabendo ao Presidente atuar como Poder Moderador (BAHIA, 2004, p. 99).

O debate sobre a caracterização e a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Europa e em outras partes do mundo quase sempre recai sobre a distribuição de competências entre os Poderes Legislativo e Judiciário (OLIVEIRA, 2006, p. 56) Em relação à interferência do Judiciário na atividade legislativa, John Hart Ely afirma que a função central do controle judicial de constitucionalidade é concomitantemente seu maior problema, pois “[...] um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam” (ELY, 2010, p. 08).

Daniel Sarmento afirma que há uma “tensão sinérgica” na relação entre jurisdição constitucional e democracia (SARMENTO, 2012, p. 66). O exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, tais como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais. Porém, o exagero é antidemocrático por cercear em demasia a possibilidade de autogoverno do povo. Nesse contexto, “[...] a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade – mas de sua dosagem” (SARMENTO, 2012, p. 66).

No debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional não se pode idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, mas também não se deve idealizar o Judiciário “[...] supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia” (SARMENTO, 2012, p. 66).

Apesar da importância da discussão, a legitimidade para guardar a Constituição deve ser tarefa de todos, sendo imprescindível a participação popular. Tanto as normas do Direito quanto as decisões acerca de sua constitucionalidade ou não dependem do reconhecimento da sociedade, sendo que “[...] somente os cidadãos, legítimos intérpretes da Constituição, podem não apenas guardá-la, mas também desenvolvê-la procedimentalmente em suas relações diárias” (BAHIA, 2004, p. 102). Entretanto, não se descarta a necessidade de um órgão com função de controle de constitucionalidade, desde que sua atuação seja contramajoritária.

### **4.3 Considerações sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil**

A Constituição apresenta uma força simbólica superior às suas outras dimensões, pois do ponto de vista da filosofia política e do Direito ela desloca quase todo debate para si, reduzindo questões de validade a questões de constitucionalidade (SAMPAIO, 2002, p. 18). A jurisdição constitucional, por sua vez, pressupõe e reforça a Constituição como norma jurídica (dimensão jurídico-formal) e a ordem como pluralismo de forças constitucionais (dimensão político-substancial), resultando em um “[...] produto complexo que remove o texto um passo à distância anterior, reconduz as forças sociais e políticas a um novo equilíbrio instável e mantém – reproduz – aceso o mito ou símbolo da unidade do povo” (SAMPAIO, 2002, p. 19/20).

A jurisdição constitucional surgiu no Brasil em 1890 com forte influência da doutrina norte-americana, sendo expressamente prevista na Constituição de 1891 (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 214). No final do período monárquico, Dom Pedro II era titular do Poder Moderador, ao qual cabia a defesa da Constituição por meio do veto absoluto a projetos reputados como ofensivos à Constituição (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 214). Entretanto, referido Imperador começou a cogitar a possibilidade de transferir a tarefa de verificação de compatibilidade das leis com a Constituição a um órgão do Poder Judiciário, nos moldes norte-americanos. Para tanto, enviou aos Estados Unidos uma comitiva com a finalidade de estudar o funcionamento da Suprema Corte daquele país (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 214).

Inspirado também no Direito dos Estados Unidos, Rui Barbosa elaborou o anteprojeto que resultou na Constituição de 1891, tendo como referência autores norte-americanos que colocavam a proteção dos direitos fundamentais no centro da jurisdição constitucional (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 214). Assim sendo, princípios como o da separação de poderes e o federativo eram apenas instrumentais ou garantias gerais aos direitos fundamentais (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 214).

As primeiras arguições de inconstitucionalidade feitas por Rui Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal refletem essa concepção. No caso das prisões efetuadas por Floriano Peixoto, antes da decretação do Estado de Sítio em 1892 e no caso do Vapor Júpiter, Rui Barbosa procurava demonstrar a possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal, ainda que interferindo em decisões do Poder Executivo, exatamente com fundamento na instrumentalidade do princípio da separação de poderes, para a proteção de direitos fundamentais (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 214).

Mencionada doutrina prevaleceu nas Constituições de 1934 e 1837, devendo-se destacar que nos trabalhos de elaboração do anteprojeto da Constituição de 1934 houve sugestão de criação de um controle abstrato de constitucionalidade como o austríaco (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 215).

Durante a vigência da Constituição de 1946 o controle difuso foi reforçado. Nessa Constituição eliminou-se a possibilidade de tornar sem efeito a decisão de declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, sendo permitido ao Senado Federal suspender sua execução (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 215). Entretanto, o detalhe mais marcante da Constituição de 1946 se refere à introdução do controle abstrato de normas por meio da Emenda Constitucional nº 16/1965, cuja legitimidade de propositura perante o Supremo Tribunal Federal coube ao Procurador-Geral da República (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 215).

Em razão da existência do controle difuso no País desde o final do século XIX e da representação de inconstitucionalidade introduzida em 1965, o Brasil adotou um modelo de jurisdição constitucional misto por reunir aspectos do modelo norte-americano e do modelo austríaco (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 216). As Constituições de 1967 e de 1988 mantiveram referido sistema, sendo que na segunda ampliaram-se as hipóteses de controle abstrato, aumentando-se o rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 216).

Na concepção de alguns autores, o controle abstrato seria complementar ao controle difuso e concreto, já consagrado desde o final do século dezenove [...]. Em consequência, o fortalecimento do controle abstrato, na Constituição de 1988, não estaria comprometendo as bases do “sistema misto”, pois o controle difuso e concreto prevaleceria com suas características essenciais (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 216).

A concepção de sistema misto começou a sofrer impacto com a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/1993, pois ela introduziu no Direito brasileiro a ação declaratória de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Dessa forma, a jurisdição constitucional brasileira aproximou-se do modelo alemão (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 216).

A aproximação se intensificou no final do ano de 1999 enfraquecendo-se a jurisdição constitucional difusa com a edição da Lei 9.868, que disciplinou o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e também da Lei 9.882 que disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 218).

Porém, o fortalecimento do controle concreto não promoveu a abertura de vias de acesso do cidadão ao Supremo Tribunal para apreciação concreta de lesões aos direitos fundamentais, como fazem outros países para fins de compensação (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 219). Essa situação é criticada na doutrina por concentrar no Supremo Tribunal Federal os debates constitucionais e comprometer a força representativa da jurisdição constitucional em relação à totalidade de seus destinatários (BARACHO JÚNIOR, 2006, p. 220).

#### ***4.3.1 Aspectos gerais das ações do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro***

No sistema concentrado brasileiro as ações podem ser Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI genérica), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica tem como objeto a decretação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal de 1988) (BRASIL 1988). Sua propositura é de competência do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa de Assembleia Legislativa ou da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador de Estado ou do Governador do Distrito Federal, do Procurador-Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de partido político com representação no Congresso Nacional e de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 103 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e do art. 2º da já mencionada Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regulamenta o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1999a).

O parâmetro de controle<sup>36</sup> em princípio é a Constituição vigente e, conseqüentemente, as emendas constitucionais, ainda que alguns de seus dispositivos não estejam incorporados ao texto da Constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1013). Não obstante, conforme o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, os tratados de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, têm força de emenda constitucional e, portanto, também são parâmetro de controle de constitucionalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1013).

A Constituição deixa de ser parâmetro quando a alegação de inconstitucionalidade advém da confrontação da norma com a lei infraconstitucional, pois nesse caso a inconstitucionalidade é apenas reflexa e não direta (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1014).

Não se admite a confrontação de lei com norma constitucional suprimida ou modificada, pois essas normas deixaram de ser parâmetro de controle (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1014). Caso a ação tenha sido proposta em face de norma constitucional que no curso do processo é suprimida ou modificada, ainda seria necessário saber se a norma antes impugnada como inconstitucional foi recepcionada ou não, diante da nova conformação com a realidade constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1014).

Convém mencionar que o alcance objetivo do parâmetro do controle de constitucionalidade é diretamente influenciado pelo processo que se usa e pela teoria da Constituição predominante em cada país (SAMPAIO, 2002, p. 182). Assim sendo, “[...] uma concepção de Constituição material, todavia normativa, permite a ampliação do cânon de constitucionalidade, enquanto uma concepção puramente formal conduz à direção oposta” (SAMPAIO, 2002, p. 182). Nesse contexto, José Adércio Leite Sampaio afirma que o parâmetro de controle não se restringe ao texto constitucional, pois “[...] a rica ideia francesa do bloco de constitucionalidade prenuncia que outros expedientes normativos podem servir de cânon de constitucionalidade” (SAMPAIO, 2002, p. 185).

---

<sup>36</sup> “‘Parâmetro de controle’ é a expressão utilizada para significar a base a partir de que as leis ou atos normativos são analisados para se chegar à conclusão acerca da sua constitucionalidade. Trata-se, assim, da matéria que serve ao controle ou da substância com que deve se compatibilizar tudo o que poder ser objeto do controle”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1013).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão busca tornar efetiva determinada norma constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1236). Seu objeto pode ser "[...] tanto a omissão total, absoluta, do legislador, quanto a omissão parcial, ou o cumprimento incompleto ou defeituoso de dever constitucional de legislar" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1249). A omissão em questão contempla ainda inércias administrativas, por força do art. 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988 (SAMPAIO, 2002, p. 201).

Enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica trata da inconstitucionalidade decorrente de ação que seja contrária à disposição constitucional, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão trata da inconstitucionalidade decorrente do descumprimento de disposição constitucional (FERREIRA FILHO, 2011, p. 69). A omissão ocorre em relação às normas “não autoexecutáveis”, que são aquelas que não podem ser prontamente aplicadas por serem incompletas (FERREIRA, FILHO, p. 70). Em regra, são normas “programáticas”, cuja regulamentação cabe ao Legislativo (FERREIRA, FILHO, p. 70).

A disciplina processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi estabelecida pela Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009. Os legitimados à sua propositura são os que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 12-A) (BRASIL, 2009a).

Reconhecida a omissão, há divergências na doutrina e na jurisprudência acerca do próximo passo, pois em razão da separação de poderes é questionável a possível interferência do Supremo Tribunal Federal no Poder Legislativo, caso o primeiro fixe prazo para o suprimento da lacuna legal pelo segundo<sup>37</sup>. Apesar da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de comunicar sua decisão ao Poder Legislativo para que este tome as providências necessárias (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1194).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade tem como objeto a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal<sup>38</sup> (art. 102, inciso I, alínea “a” da

---

<sup>37</sup> Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni defende a possibilidade do Judiciário elaborar a norma faltante para suprir a inércia do Legislador, em caso de descumprimento do prazo fixado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1094 e ss.).

<sup>38</sup> Explica Gilmar Mendes: "O objeto da ADC segue o mesmo paradigma da ADI para o direito federal: lei ou ato normativo federal autônomo (não-regulamentar) devidamente promulgado, ainda que não esteja em vigor. Assim, caberia ADC em face de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória,

Constituição Federal de 1988) (BRASIL 1988). Podem propô-la todos os legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (FERREIRA FILHO, 2011, p. 68).

O parâmetro de controle da Ação Declaratória de Constitucionalidade é semelhante ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou seja, a Constituição vigente, emendas constitucionais e tratados de direitos humanos aprovados nos termos do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1046).

Efetuada o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, em ambas as ações (art. 23) (BRASIL, 1999a). Trata-se do caráter dúplice ou ambivalente dessas ações (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1078).

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo na Ação Direta ou na Ação Declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória (art. 26) (BRASIL, 1999a).

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 (art. 27) (BRASIL, 1999a). Trata-se da modulação temporal de efeitos do controle de constitucionalidade que será objeto de análise em capítulo próprio.

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>39</sup>, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, por disposição do

---

decreto legislativo, tratado internacional devidamente promulgado, decreto do Executivo de perfil autônomo, resolução de órgão do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça. Tal como sucede em relação à ADI, a ADC não pode ter por objeto ato normativo revogado” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1184).

<sup>39</sup> Essas situações serão apresentadas no item "4.3.2 Tipos de inconstitucionalidade".



art. 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, e também do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 (BRASIL 1988; BRASIL, 1999a).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988. Seu objeto consiste em evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, conforme disposição do art. 1º da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição (BRASIL, 1999b). Entretanto, não será admitida a Arguição quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade<sup>40</sup> (art. 4º, parágrafo 1º) (BRASIL, 1999b).

Podem propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental os legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 2º) (BRASIL, 1999b). A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, parágrafo 3º) (BRASIL, 1999b). A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é irrecurável, não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12) (BRASIL, 1999b).

O parâmetro da Arguição esbarra no problema da definição do que seria “preceito fundamental”, pois não há na doutrina ou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal definição inequívoca acerca da expressão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1212). Entretanto, parece haver um ponto de consenso:

Tem-se como certo, apenas, que nem toda norma constitucional corresponde a preceito fundamental e que determinadas normas, em vista do seu conteúdo – que consagram os princípios fundamentais (arts. 1º ao 4º) e direitos fundamentais (art. 5º e ss.), bem como as que abrigam cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) e contemplam os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII) –, merecem proteção sob o rótulo de preceitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1212).

Em breve síntese são essas as ações do controle concentrado de constitucionalidade do direito brasileiro, cujo cenário principal é o Supremo Tribunal Federal. Convém ressaltar que o controle concentrado tende primariamente a garantir a coerência do sistema normativo e

---

<sup>40</sup> Complementa Gilmar Mendes: "É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1184).

apenas secundariamente ou por consequência proteger posições subjetivas constitucionalmente garantidas de eventuais lesões causadas pela lei (ZAGREBELSKY, 1988, p. 169).

#### **4.3.2 Tipos de inconstitucionalidade**

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis resultou da doutrina e da prática jurisprudencial, sendo que seu caráter é *iuris tantum*, ou seja, prevalece a constitucionalidade até que o órgão jurisdicional competente se manifeste em sentido contrário (NEVES, 1988, p. 145). Referido princípio “[...] constitui, do ponto de vista pragmático, uma regra básica de calibração do sistema, na medida em que mantém a imperatividade da lei inconstitucional até que se dê a verificação de sua invalidade” (NEVES, 1988, p. 145).

Dessa presunção resultam duas regras: a) na dúvida deve-se decidir pela constitucionalidade, sendo que a inconstitucionalidade somente deverá ser decretada quando clara e inequívoca (NEVES, 1988, p. 145); e b) diante de duas hipóteses interpretativas (uma constitucional e outra inconstitucional) deve-se adotar aquela que torne a lei compatível com a Constituição, considerando-se a pretensão do legislador em elaborar norma jurídica válida (NEVES, 1988, p. 146). Esta última recebe a denominação de interpretação conforme a Constituição.

No intuito de se evitar a invalidação total do dispositivo impugnado (declaração de inconstitucionalidade total) a declaração de inconstitucionalidade poderá ser parcial (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1422), o que é possível em função da adoção da teoria da divisibilidade da lei<sup>41</sup>. A declaração parcial poderá ocorrer sem redução de texto, sendo essa técnica expressamente autorizada pelo art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99.

---

<sup>41</sup> Segundo a teoria da divisibilidade da lei “[...] o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1422). Entretanto, “[...] impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir após a declaração de inconstitucionalidade parcial corresponderia à vontade do legislador” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1422).

A diferença entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto reside no critério utilizado para fiscalizar a constitucionalidade, pois enquanto na primeira o problema se refere à interpretação da norma, na segunda o problema se refere aos casos reais nos quais sua aplicação é permitida (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 273)<sup>42</sup>.

Ora, o Tribunal Constitucional não pode excluir expressamente certas hipóteses, pois se transformaria em legislador positivo, algo que o STF e muitas outras Cortes excluem. Tampouco seria justificado declarar inconstitucional a norma, pois ela corretamente se aplica em algumas hipóteses. Só resta excluir da aplicação da norma alguns casos, sem afetar a redação do dispositivo (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 273).

Descartada as possibilidades de aplicação das regras da presunção de constitucionalidade e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, resta ao Tribunal declarar a inconstitucionalidade que pode assumir diversas formas.

Considerando-se a origem do defeito que macula o ato questionado, a inconstitucionalidade poderá ser formal ou material. Vícios formais "[...] afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1170). Eles consistem em defeito de formação do ato em razão da inobservância de princípios de ordem técnica ou procedimental ou ainda em razão de violação de regras de competência (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1170). Já os vícios materiais referem-se "[...] ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1172). Entretanto, a inconstitucionalidade material envolve "[...] não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1172).

---

<sup>42</sup> José Adércio Leite Sampaio alerta que na linguagem do Supremo Tribunal Federal conjugam-se as duas expressões, culminando em expressões como “suspensão cautelar sem redução de texto para dar a interpretação conforme...” ou “procedência em parte para, sem redução de texto, excluir interpretações que...” (SAMPAIO, 2002, p. 213).

Quanto ao momento da edição das normas constitucionais a inconstitucionalidade poderá ser originária ou superveniente. Se a norma questionada é posterior à Constituição trata-se de inconstitucionalidade superveniente (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1174). Referida inconstitucionalidade pode decorrer também de mudanças nas relações fáticas ou jurídicas, verificando-se um processo de inconstitucionalização desencadeado por mudança de significado do parâmetro normativo constitucional ou do próprio ato legislativo questionado judicialmente (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1184).

Se a norma questionada integra o direito ordinário pré-constitucional e contradiz norma constitucional posterior, há discussões sobre a existência de inconstitucionalidade originária ou de mera revogação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1174). Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal trata-se de revogação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1178) e, assim sendo, “[...] a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada com todas as suas implicações, no âmbito do direito intertemporal” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1175).

Quanto à conduta, a inconstitucionalidade poderá ser por ação ou por omissão. A inconstitucionalidade por ação “[...] resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1184), enquanto a inconstitucionalidade por omissão “[...] pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1185). A omissão será absoluta ou total quando o legislador não empreender a providência legislativa reclamada. Será, porém, parcial quando o ato normativo atender apenas parcialmente ou de modo insuficiente à vontade constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1185).

Apresentados o fundamento, origem e características gerais do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro especialmente em sua forma concentrada, adentram-se aos possíveis efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

## **5 DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE CONCENTRADO E MODULAÇÃO DE EFEITOS**

Na doutrina brasileira os efeitos das decisões de inconstitucionalidade são analisados por diversas perspectivas. Propondo-se uma sistematização para a apresentação dos efeitos, a seguir pretende-se expor a classificação das sentenças de controle, os efeitos objetivos e subjetivos, a possibilidade de repristinação e de efeito repristinatório e ainda os efeitos temporais das decisões.

As consequências da decisão de inconstitucionalidade sobre a norma impugnada podem ser variadas: inaplicabilidade da norma no controle difuso; nulidade da norma na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de cumprimento de preceito fundamental; ou inconstitucionalidade sem nulidade ou certificação da omissão (SAMPAIO, 2002, p. 207/208). Poderá ocorrer ainda a declaração de conformidade da norma à Constituição ou as denominadas sentenças intermediárias que se situam “[...] a meio caminho entre a inconstitucionalidade e a legitimidade constitucional” (SAMPAIO, 2002, p. 208). Essas decisões se dividem em sentenças normativas e sentenças transitivas ou transacionais “[...] conforme criem ou não normas gerais e contenham ou não o caráter transitório de seu pronunciamento, importando, ou não, uma relativa transação com o princípio da supremacia constitucional” (SAMPAIO, 2002, p. 208).

### **5.1 Tipos de decisões**

As sentenças normativas são pronunciamentos judiciais que criam norma jurídica de caráter geral e vinculante podendo ser (a) sentenças interpretativas ou de interpretação conforme a Constituição, (b) sentenças aditivas, (c) sentenças aditivas de princípios e (d) sentenças substitutivas (SAMPAIO, 2002, p. 208).

As sentenças interpretativas ou de interpretação conforme a Constituição (a), como já se explicou anteriormente<sup>43</sup>, implica a exclusão das possíveis interpretações inconstitucionais

---

<sup>43</sup> Nesse sentido ver item "4.3.2 Tipos de inconstitucionalidade".

da norma impugnada, reduzindo-se ao único significado conforme a Constituição (SAMPAIO, 2002, p. 207/208). Assim sendo, é necessário que outros instrumentos de concretização revelem os diversos sentidos da norma para que se possa optar pela interpretação conforme (SAMPAIO, 2002, p. 208/209).

As sentenças aditivas ou construtivas (b) declaram a inconstitucionalidade de certo dispositivo por ter deixado de dizer algo, “[...] desde que a disposição omitida seja imposta pela lógica do sistema legislativo e constitucional” (SAMPAIO, 2002, p. 214). Emite-se então uma decisão que alarga o âmbito de incidência da disposição da norma impugnada para alcançar situações originariamente não previstas (SAMPAIO, 2002, p. 214).

As sentenças aditivas de princípios, de mecanismo ou “sentenças-delegação” também se prestam a corrigir omissões legislativas. Nelas, declara-se a inconstitucionalidade da norma impugnada e individualiza-se a diretriz que deve ser introduzida em sua substituição, para assinalar ao legislador “[...] a tarefa de aprovar a nova disciplina, via de regra, dentro de um tempo prefixado, embora possa o juiz, em algumas hipóteses, fazer referência àquela diretriz na solução de alguns casos concretos” (SAMPAIO, 2002, p. 216).

As sentenças substitutivas (d) inicialmente anulam o conteúdo da disposição impugnada para após reconstruir a mesma disposição com um conteúdo diferente que esteja de acordo com a lógica intrínseca do sistema (SAMPAIO, 2002, p. 217).

Ao lado das sentenças normativas estão as sentenças transitivas ou transacionais que são pronunciamentos sobre a constitucionalidade ou a ilegitimidade constitucional conforme parâmetro transitório, “[...] anunciando um processo de transformação, com relativa transigência ou transação com o princípio da supremacia constitucional” (SAMPAIO, 2002, p. 218). Elas se dividem em (a) sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, (b) sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida, (c) sentenças apelativas e (d) sentenças de aviso (SAMPAIO, 2002, p. 218).

As sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo (a) não expulsam a norma impugnada do ordenamento jurídico caso a declaração de nulidade produza situação jurídica insuportável ou grave perigo ao orçamento do Estado (SAMPAIO, 2002, p. 218).

As sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada (b) não são propriamente intermediárias, pois a modulação presente nelas permite a combinação do vício de ilegitimidade constitucional com seu efeito ablativo (SAMPAIO, 2002, p. 220).

As sentenças apelativas (c) ou de declaração de constitucionalidade provisória declaram a inconstitucionalidade de uma norma no momento da prolação da sentença implicando, entretanto, em apelo ao legislador para que ele adote as providências cabíveis no intuito de evitar a inconstitucionalidade futura dessa norma (SAMPAIO, 2002, p. 221).

Já as sentenças de aviso ou *prospective overruling* (d) “[...] pronunciam uma mudança de orientação jurisprudencial, deixando de ser aplicada ao caso ou ação no curso do qual é proferida” (SAMPAIO, 2002, p. 222).

Convém ressaltar que a classificação ora adotada sofre críticas em função da separação de poderes e da supremacia constitucional:

Para muitos autores, as sentenças normativas violam o princípio da divisão de poderes, criando normas em lugar do legislador e, dessa forma, terminam também por transgredir com o princípio da supremacia constitucional, pois lançam nas mãos do tribunal da jurisdição constitucional um poder constituinte originário que não possuem nem podem possuir (SAMPAIO, 2002, p. 222).

Embora o tema seja controvertido na doutrina, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal não há no Brasil “[...] identificação de sentenças interpretativas manipulativas, falando-se apenas em interpretação conforme ou inconstitucionalidade parcial sem redução de textos” (SAMPAIO, 2002, p. 222).

## 5.2 Efeitos das decisões

No aspecto objetivo dos efeitos da decisão fala-se em efeito vinculante, que pode ser definido como “[...] proibição de contrariar decisão proferida pelo STF, sendo essa proibição endereçada a outros órgãos estatais” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 181). No Brasil encontra-se o efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 181). No tocante à vinculação da decisão declaratória de inconstitucionalidade a jurisprudência é incerta, mas apresenta tendência pela não inclusão dos motivos determinantes, embora parte da doutrina entenda ser “[...]”

indispensável estender o efeito vinculante à norma abstrata extraída da parte dispositiva da decisão, transcendendo o caso concreto” (SAMPAIO, 2002, p. 225).

No aspecto subjetivo o efeito poderá ser *inter partes* (válido apenas para as partes envolvidas no processo) ou *erga omnes* (válido para toda a coletividade). Tradicionalmente<sup>44</sup> o primeiro efeito se aplica ao controle difuso de constitucionalidade, enquanto o segundo se aplica ao controle concentrado (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 190).

A eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal refere-se à parte dispositiva do julgado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1241) e tem previsão expressa no art. 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, e no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99. Vale ressaltar novamente<sup>45</sup> que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade se aplica aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

No caso do controle realizado por meio dos Recursos Extraordinários a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo Senado Federal é o que confere eficácia *erga omnes* às decisões (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1241).

Há ainda o efeito repristinatório da declaração de constitucionalidade que não se confunde com repristinação de lei ou norma. A repristinação ocorre na seguinte situação: uma lei perde sua vigência com o advento de uma nova ordem constitucional. Essa nova ordem é revogada por uma terceira Constituição que não é incompatível com aquela lei, então aquela lei repristina (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 283).

A repristinação não é admitida no Direito brasileiro, entretanto a nova Constituição poderá revigorar expressamente a legislação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 283). Nesse sentido aponta o art. 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), ao afirmar que “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência” (BRASIL, 1942).

---

<sup>44</sup> Dimoulis e Lunardi afirmam que o efeito *erga omnes* não é adequado ao controle concentrado de constitucionalidade e sim ao processo coletivo, pois “[...] se alguém sofreu prejuízo em razão da aplicação da norma inconstitucional por certo período ou considera que a declaração da constitucionalidade prejudicará seus interesses, deve procurar o Judiciário para satisfazer suas demandas, não sendo atingido diretamente pela decisão de controle abstrato” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 192).

<sup>45</sup> Nesse sentido ver o item "4.3.1 Aspectos gerais das ações do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro".



O efeito repristinatório, por sua vez, ocorre quando o Tribunal suspende a vigência do ato normativo revogador, fazendo com que a lei ou norma revogada recupere sua vigência (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1291). Nesse caso o efeito se justifica pela teoria das normas, “[...] pois o afastamento de um ato normativo afasta todos os seus efeitos, incluindo a revogação de ato anterior” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 192) e, assim sendo, o ato revogado volta a vigorar.

No aspecto temporal podem-se apontar dois modelos de efeitos de inconstitucionalidade: o retrospectivo, no qual “[...] a ablação da norma se projeta para o passado, via de regra, até o seu nascedouro” (SAMPAIO, 2002, p. 233); e o prospectivo, no qual “[...] tais efeitos se orientam para o futuro” (SAMPAIO, 2002, p. 233).

No modelo retrospectivo rígido, ao declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Tribunal poderá apenas aplicar retrospectivamente os efeitos ablativos ou nulificantes, entretanto em alguns sistemas prospectivos a rigidez é temperada com a ressalva de sua aplicação retrospectiva de forma excepcional e limitada (SAMPAIO, 2002, p. 233/234).

Já em sistemas flexíveis as regras de modulação dos efeitos são diferentes para proteger alguma situação ou princípio constitucional (SAMPAIO, 2002, p. 234/235). Esse é o caso dos Estados Unidos devido à experiência da *prospective overruling* (SAMPAIO, 2002, p. 237) e do Brasil, por força do art. 27 da Lei 9.868/99, que dispõe:

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 (BRASIL, 1999a).

A doutrina brasileira adotou a equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade sob o argumento de que “[...] o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1420). Assim sendo, a decisão de inconstitucionalidade é declaratória com eficácia retroativa (efeito *ex tunc*) (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 197)<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Diferente do tradicionalmente adotado no Brasil, há um segundo modelo no qual a norma inconstitucional sofre de vício que a torna anulável e, nesse caso, a sentença será constitutiva com efeitos *ex nunc*, pois a norma produzirá efeitos até ser declarada inconstitucional (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 197).

A declaração da nulidade, como já mencionado<sup>47</sup>, poderá ser total, parcial ou parcial sem redução de texto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1422). Entretanto, a hipótese da modulação temporal de efeitos do controle de constitucionalidade prevista no art. 27 da Lei 9.868/99<sup>48</sup> mitigou o modelo da nulidade absoluta (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1445).

O afastamento do princípio da nulidade somente poderá ocorrer mediante a demonstração de que "[...] a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1446). Além disso, exige-se ainda o *quorum* especial de dois terços dos votos do Tribunal para se limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal poderá proferir três tipos de decisões: declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (efeito *ex nunc*); declarar a inconstitucionalidade suspendendo-se os efeitos por tempo a ser fixado na sentença (efeito *pro futuro*); ou declarar a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade, permitindo a suspensão da aplicação da lei impugnada e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, se manifeste sobre a situação de inconstitucionalidade (congelamento da situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1446/1447).

A constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 foi questionada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.258 (proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) e 2.154 (proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais), que foram apensadas e estão pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar de sua previsão em leis que dispõem sobre o controle concentrado, a possibilidade de modulação de efeitos "[...] é apanágio do controle judicial de constitucionalidade como um todo, podendo ser aplicada tanto no controle direto quanto no controle incidental" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1450). Entretanto, ao

---

<sup>47</sup> Nesse sentido ver o item "4.3.2 Tipos de inconstitucionalidade".

<sup>48</sup> Convém ressaltar que a possibilidade de modulação também está prevista no art. 11 da Lei 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

presente trabalho interessa particularmente a modulação dos efeitos em decisões de controle concentrado de constitucionalidade.

### 5.3 Modulação temporal de efeitos

No Brasil, anteriormente ao advento da Lei 9.868/99, a modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade brasileiro ocorreu em alguns casos pontuais, entretanto a discussão sobre a não aplicação dos tradicionais efeitos *ex tunc* se intensificou com a previsão expressa de tal possibilidade. Já nos Estados Unidos a flexibilização dos efeitos existe desde 1965, como se verá a seguir. Posteriormente, tratar-se-á da modulação temporal de efeitos no Brasil, apresentando-se os argumentos favoráveis e contrários a ela e analisando a possibilidade de modulação *ex officio* pelo Supremo Tribunal Federal.

Convém ressaltar que embora o art. 27 da Lei. 9.868 também apresente o excepcional interesse social como fundamento da modulação o presente trabalho dedica-se à análise da segurança jurídica, uma vez que cada um dos fundamentos deve ser objeto de pesquisa própria em função de suas particularidades.

#### 5.3.1 Modulação temporal de efeitos nos Estados Unidos

O modelo de declaração de inconstitucionalidade gerador de efeitos *ex tunc* foi inicialmente adotado nos Estados Unidos, sendo o Direito desse país "[...] a matriz do sistema brasileiro de controle" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1259). O sistema norte-americano possui peculiaridades que conferem maior consistência à nulidade *ab initio* do ato normativo inconstitucional, mas razões de segurança jurídica e equidade muitas vezes conduzem à relativização desse dogma no país (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 73).

Nas últimas décadas vem-se admitindo a flexibilização dos efeitos, particularmente após a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Linkletter v. Walker*, de 1965<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> No caso em tela um condenado por roubo impetrou *habeas corpus* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos após decisão denegatória da Corte do Distrito Federal e da Corte de Apelação, fundamentando seu

(DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 197). Dois anos depois, no caso *Stovall v. Denno* de 1967<sup>50</sup>, a Corte estabeleceu os critérios a serem considerados para se verificar a necessidade de aplicação prospectiva da nova regra. São eles: (a) o objetivo a ser atingido pelas novas regras; (b) a extensão da confiança das autoridades executoras da lei nas regras antigas; e (c) o efeito da aplicação retroativa das novas regras para a administração da justiça (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1967). Esses critérios ficaram conhecidos como o “teste de *Stovall*”, que influenciou outros julgamentos da Corte (TREANOR; SPERLING, 1993, p. 1928).

A *prospective overruling* é um mecanismo por meio do qual uma Corte limita o efeito de uma nova regra apenas para transações futuras ou, mais comumente, para futuras transações e também para o caso diante da Corte que deu a oportunidade para anunciar a mudança (FAIRCHILD, 1968, p. 254). É o exercício do poder corretivo de uma Corte designado para proteger aqueles que confiam nos pronunciamentos judiciais (TREANOR; SPERLING, 1993, p. 1932).

O mecanismo também é conhecido como *sunbursting* (raio de sol, em tradução livre) em referência ao caso *Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refining Company* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1932). Sunburst era um carregador que processou a Comissão Ferroviária do Estado de Montana para reembolsar cobranças

---

pedido no caso *Mapp v. Ohio*, no qual se consolidou a inadmissibilidade de evidências obtidas ilegalmente. Ocorre que a condenação por roubo pelas Cortes inferiores foi anterior à decisão do caso fundamentador, então na apreciação do *Linkletter v. Walker* a Suprema Corte decidiu que os efeitos da decisão de *Mapp v. Ohio* não seriam retroativos para não afetar os casos decididos anteriormente a este. Segundo o entendimento da Suprema Corte, a Constituição não proíbe nem impõe o efeito retroativo, cabendo a Corte decidir em cada caso qual o efeito apropriado (retroativo ou prospectivo). (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1965).

<sup>50</sup> *Stovall*, condenado e sentenciado a morte por assassinar um médico, impetrou *habeas corpus* na Corte Distrital alegando violação de uma série de direitos por estar desacompanhado de advogado quando foi reconhecido pela esposa da vítima em um hospital no dia seguinte ao fato. A Corte Distrital rejeitou o pedido e o condenado recorreu à Corte de Apelação que reverteu a decisão no seguinte contexto: naquele mesmo dia dois casos, *United States v. Wade* (388 U.S. 218 (1967)) e *Gilbert v. California* (388 U.S. 263 (1967)), culminaram na criação da regra de exclusão, em julgamentos criminais, de identificação testemunhal baseada em exibições do acusado sem acompanhamento de advogado ou proteção equivalente. Porém, em função da apreciação do caso após a exaustão dos argumentos sobre revisão direta, a mesma regra não foi aplicada para o caso de *Stovall* (FAIRCHILD, 1968, p. 257). Segundo a Corte, a nova regra somente seria aplicada às exibições ocorridas após 12 de junho de 1967, data do anúncio das três decisões. A Corte entendeu que as regras estabelecidas em *Wade* e *Gilbert* visavam impedir a injustiça que poderia ocorrer em um confronto pré-julgamento e ainda garantir um exame significativo do depoimento da testemunha de identificação no julgamento. Isso não significava, entretanto, que as regras deveriam ser aplicadas de forma retroativa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1967).

excessivas de frete, com fundamento em uma regra da Corte de Montana estabelecida em 1921. A Corte então anulou a decisão de 1921, mas limitou a mudança. A nova regra foi anunciada para casos advindos de eventos futuros, mas a regra antiga foi aplicada ao caso em questão, uma vez que ele adveio de eventos que ocorreram sob a égide da regra antiga (FAIRCHILD, 1968, p. 255). A Comissão Ferroviária recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos em função da não aplicação da nova regra ao seu caso. A Suprema Corte decidiu que nenhum direito federal da Comissão foi infringido quando a Corte Estadual rejeitou a regra antiga para o futuro, mas aplicou-a ao passado, inclusive para o caso em questão (FAIRCHILD, 1968, p. 255).

Quando uma Corte utiliza a técnica da *prospective overruling* – o que ocorre de forma seletiva – frequentemente a nova regra é aplicada ao caso em análise, mas não para os casos passados (FAIRCHILD, 1968, p. 256). Essa forma de retroatividade personalizada é comumente justificada como uma recompensa<sup>51</sup> para o litigante que persistiu em atacar uma regra defeituosa e também para evitar a declaração da nova regra como uma máxima puramente profética (FAIRCHILD, 1968, p. 256).

No tocante à possibilidade de que a decisão de substituição ressuscite um ato normativo já abandonado, a Suprema Corte adota tal prática, embora ainda não tenha se decidido especificamente sobre ela (TREANOR; SPERLING, 1993, p. 1909). Nos casos nos quais um ato normativo não executável se tornou executável, a restauração parece ter ocorrido porque a Corte assumiu que isso era uma consequência lógica da reversão das regras e não porque considerou argumentos contrários à restauração e os rejeitou. Assim sendo, a Corte deixou explícito que não se estava resolvendo sobre a questão da restauração (TREANOR; SPERLING, 1993, p. 1911/1912).

Contrariamente à *prospective overruling*, argumenta-se que o efeito retroativo é uma marca essencial do processo judicial que serve para distinguí-lo do processo legislativo – este sim marcado exclusivamente pelo efeito prospectivo (MCCALL, 1999, p. 811). Favoravelmente, argumenta-se que o efeito prospectivo é um dispositivo judicial legítimo

---

<sup>51</sup> O argumento de recompensa é criticado pela doutrina norte-americana, uma vez que a proteção constitucional não é merecida simplesmente porque o caso de determinado indivíduo foi decidido no “momento e na sequência certa” (FLETCHER, 1985, p. 1278). A distribuição aleatória dos direitos constitucionalmente garantidos não pode ser tolerada e, assim sendo, a Suprema Corte dos Estados Unidos já reconheceu por uma maioria tímida que o tempo fortuito não pode gerar uma distinção racional entre réus que reivindicam direitos constitucionais (FLETCHER, 1985, p. 1278).

quando usado em raras ocasiões para descartar uma doutrina desatualizada (MCCALL, 1999, p. 812).

Na doutrina norte-americana Thomas E. Fairchild sistematizou os fatores que devem ser considerados para se usar a técnica da *prospective overruling*: (1) O quão explícita e há quanto tempo a regra antiga foi anunciada ou reconhecida, e o quão profundamente a nova regra modifica a antiga regra? (2) A regra antiga é um tipo no qual as pessoas confiam para deliberar suas escolhas de conduta? (3) A decisão antiga era realmente errada quando feita ou as condições mudaram fazendo com que ela posteriormente se tornasse injusta? (4) A nova regra é adotada primariamente por tender a prevenir injustiça que poderia ocorrer – mas que nem sempre ocorreria – sob a regra antiga? (5) Qual é a extensão da ruptura que resultaria da aplicação retroativa? (6) Decisões recentes sugeriram a probabilidade de mudança de regra? (FAIRCHILD, 1968, p. 257).

Após decidir pela limitação do efeito da nova regra, deve-se escolher a extensão desse limite. A nova regra rege o caso em apreço? A nova regra abrangerá todas as causas advindas de fato posterior à data da decisão? Haverá um período após a data da decisão no qual uma causa poderá surgir e não ser afetada pela nova regra? As causas originadas no passado serão afetadas exceto quando certo estágio do procedimento ainda não tiver sido alcançado? (FAIRCHILD, 1968, p. 257/258). Ressalta o autor que não há uma regra simples para decidir a questão de se aplicar ou não a técnica *prospective overruling* ou para decidir o tipo de limitação a ser utilizada (FAIRCHILD, 1968, p. 258).

A superação prospectiva pode ser limitada (*limited prospectivity*) e, portanto, aplicável somente aos processos iniciados após a decisão, ou ilimitada (*pure prospectivity*) não se aplicando nem mesmo ao processo que lhe deu origem. Dessa forma, "[...] o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1259).

Nos Estados Unidos a doutrina do *stare decisis* obriga o respeito aos precedentes judiciais (PIÑERO, 1994, p. 26), ou seja, as decisões da Suprema Corte são vinculantes. O Direito norte-americano adota o sistema da *Common Law*, sendo formado pela jurisprudência que é a fonte primária das normas jurídicas (PIÑERO, 1994, p. 47). Nesse contexto, a sentença do Tribunal configura precedente obrigatório para este mesmo Tribunal e ainda para

os Tribunais inferiores (regra do precedente). Busca-se frear a excessiva liberdade jurisdicional para se garantir o adequado desenvolvimento da lei (PIÑERO, 1994, p. 47).

O controle judicial (*judicial review*) ocorre por meio de casos surgidos sob a Constituição, nos quais se questiona em face dela uma lei do Congresso, tratado, lei ou disposição constitucional ou ainda qualquer ato oficial que se pretenda, desde que baseado diretamente na Constituição (BARACHO, 2004, p. 162).

Convém ressaltar que o controle difuso de constitucionalidade no Direito norte-americano é mais amplo que o sistema brasileiro, pois as autoridades públicas e os cidadãos dos Estados Unidos – e não apenas o Poder Judiciário – têm legitimidade para interpretar a Constituição, podendo desconsiderar a norma que reputarem como inconstitucional (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 63). No sistema da *Common Law* o comportamento dos cidadãos constitui um meio legítimo e com *status* privilegiado para a criação e interpretação de normas jurídicas (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 66).

A Constituição, por sua vez, tem como preocupação principal as questões constitutivas, pois reflete um processo de governo e não uma ideologia dominante (ELY, 2010, p. 133). Não se fixou no texto constitucional um amplo conjunto de direitos substanciais aos quais se concedeu proteção permanente, mas a Constituição pressupõe que a maioria efetiva jamais ameaçará seus próprios direitos e assegura que essa maioria não trate outros grupos de maneira sistematicamente pior do que trata a si mesma (ELY, 2010, p. 133/134). Nesse contexto, as emendas à Constituição são raras e a atuação da Suprema Corte é minimalista<sup>52</sup>, pois o foco são processos legítimos e não resultados legítimos (ELY, 2010, p. 134)<sup>53</sup>.

Apesar das diferenças dos sistemas, a relativização dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade norte-americano representou significativo marco que influenciou outros ordenamentos jurídicos. Além do Brasil, a possibilidade de limitação dos

---

<sup>52</sup> Nesse sentido ver item "4.2 Jurisdição constitucional e legitimidade".

<sup>53</sup> John Hart Ely defende uma linha de decisão judicial na qual o juiz somente deverá intervir quando alguém obtém uma vantagem injusta, mas não quando a vantagem é obtida pela pessoa errada (ELY, 2013, p. 136). Ainda segundo o autor o raciocínio se aplica também ao Governo, pois não se pode afirmar que ele está funcionando incorretamente somente porque se discorda do resultado (ELY, 2013, p. 137). Em uma democracia representativa caso a maioria reprove as determinações de valor feitas pelos representantes eleitos há a possibilidade de destituição destes por meio do voto (ELY, 2013, p. 137).

efeitos *ex tunc* com base na experiência norte-americana da *prospective overruling* está presente na Alemanha, Canadá, Espanha e Portugal (SAMPAIO, 2002, p. 237).

Há ainda países que admitem a modulação temporal prospectiva da decisão de inconstitucionalidade para produção de efeitos *ex nunc*, como é o caso da Bolívia, Colômbia e Itália, e para produção de efeitos com a data determinada, como é o caso da Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bielo-Rússia, Eslovênia, Grécia, Hungria, Iugoslávia, México, Peru, Polônia, República Checa e Turquia (SAMPAIO, 2002, p. 234/235).

É necessário se considerar que quando existem dados que não podem ser explicados pela teoria majoritária, deve-se admitir a incompletude e/ou inadequabilidade do sistema ou revisar as ferramentas de análise para acomodar as anomalias decorrentes da busca pela completude (FLETCHER, 1985, p. 1263/1264). Nesse sentido, por evitar uma alteração brusca de regras, o mecanismo da *prospective overruling* acomoda as possíveis anomalias decorrentes da mudança no controle de constitucionalidade norte-americano.

### **5.3.2 Modulação temporal de efeitos no Brasil**

No Direito brasileiro permanece como regra a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade concentrado, entretanto por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social pode-se atribuir efeitos a partir do trânsito em julgado (efeito *ex nunc*) ou a partir de outro momento anterior (efeito parcialmente retroativo) ou posterior (efeito diferido ou *pro futuro*) a ele (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 199). Em caso de silêncio ou de ausência do *quorum* de dois terços do membro da Corte, permanece a regra da retroatividade (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 199). Há que se ressaltar ainda que o Supremo Tribunal Federal entende não ser necessário o requerimento expresso na petição inicial do interessado para a modulação temporal de efeitos, como se verá posteriormente.

A doutrina brasileira não é unânime sobre a aceitabilidade da modulação temporal de efeitos introduzida no Direito positivo pelo art. 27 da Lei 9.868/99. Doutrinadores de escol desenvolveram argumentos consistentes acerca do tema, que também não é pacífico entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. O questionamento parte do princípio da nulidade da



norma inconstitucional que gera efeitos retroativos<sup>54</sup>, uma vez que ela seria nula desde a sua origem, ou seja, nulidade *ab initio*.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior entende que o argumento de que a norma inconstitucional “naturalmente” não tem qualquer efeito não procede, pois cada ordenamento positivo organiza a seu modo a sanção a ser aplicada e também as consequências em relação à lei editada de forma contrária ao texto constitucional (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 53). Para o autor, os estudos acerca dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade devem necessariamente considerar suas implicações em face do princípio da separação de poderes e ainda da correta configuração jurídica do instituto da nulidade (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 60).

No tocante ao princípio da separação de poderes, é necessário considerar que as constituições conferem atributos de coercibilidade e presunção relativa de constitucionalidade aos atos do Poder Legislativo, que são obrigatórios desde sua promulgação ou sanção (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 60). A coercibilidade e a presunção de constitucionalidade desses atos são atributos indissociáveis ao exercício da função do Poder Legislativo e, assim sendo, a limitação ou retirada desses atributos deve ser compreendida à luz do princípio da separação de poderes (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 60).

O instituto da nulidade, por sua vez, deve ser compreendido como sanção incidente sobre um ato jurídico editado em desacordo com os critérios necessários para sua validade e, portanto, não se pode pretender a nulidade sem um pronunciamento judicial (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 60). Esse pronunciamento deverá observar o processo positivamente estabelecido para a aplicação da sanção, sendo que as consequências desta serão apenas aquelas definidas pelo ordenamento jurídico positivo (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 60).

Se o julgamento da constitucionalidade de uma lei importa na constituição de uma situação jurídica nova na qual se deve considerar a coercibilidade e a presunção de constitucionalidade que revestiam o ato legislativo no momento de sua edição, é necessário se admitir a possibilidade dos efeitos *ex nunc* da sanção, que incidirá sobre esse ato viciado de inconstitucionalidade. Assim sendo, afasta-se, portanto, o dogma da nulidade *ab initio* do ato normativo inconstitucional (BARACHO JÚNIOR, 1995, p. 73).

---

<sup>54</sup> Nesse sentido ver item "5.4 Efeitos temporais".

Para Daniel Sarmento a inovação introduzida no Brasil pelo art. 27 da Lei 9.868/99 outorgou ao Supremo Tribunal Federal os poderes necessários para o exercício a contento de sua missão de guardião da Constituição (SARMENTO, 2001, p. 30), pois o Tribunal não pode quedar-se indiferente às consequências dos seus julgados (SARMENTO, 2001, p. 31).

Deve-se conceder certa “margem de manobra” ao Poder Judiciário para evitar que diante do receio dos efeitos – muitas vezes nefastos – da pronúncia de nulidade, o Tribunal se abstenha de reconhecer a inconstitucionalidade de certas leis ou as declare inconstitucionais mecanicamente, cego às consequências dos seus julgados, atropelando direitos, valores e interesses de estatura constitucional superior (SARMENTO, 2001, p. 31).

Ao tratar das sentenças intermediárias de constitucionalidade<sup>55</sup> José Adércio Leite Sampaio explica que elas têm o dom de revelar um paradoxo: de um lado, verifica-se um legislador debilitado, e de outro, um legislador mais soberano que o constituinte (SAMPAIO, 2001, p. 189/190). Esse paradoxo se correlaciona com um juiz constitucional que ora é excessivo, ora é carente, ora é voluntarioso, ora é prudente demais (SAMPAIO, 2001, p. 190). Em ambos os casos a Constituição é ferida, mas talvez a atuação dos juízes seja resultado da vida real e da experiência histórica ou “[...] talvez os quadros teóricos não deem conta da realidade sem deixar restos sobrando” (SAMPAIO, 2001, p. 190).

Para Luís Roberto Barroso na modulação temporal de efeitos não há ponderação entre o princípio da supremacia da Constituição e a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, pois o princípio da supremacia é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, não podendo ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e unidade do sistema. Segundo o autor o Supremo Tribunal Federal na realidade pondera entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional (BARROSO, 2012, p. 562).

É interessante ressaltar que o autor participou da comissão constituída pelo Ministro da Justiça para a elaboração do anteprojeto que resultou na Lei 9.868/99 – cujo texto base foi elaborado pelo Ministro Gilmar Mendes – e ,naquela oportunidade, foi contrário à inovação do art. 27 com fundamento em três argumentos: a) a providência desejada exigia uma emenda à Constituição; b) o Supremo Tribunal Federal já administrava o problema de forma satisfatória, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses nas quais ela produzia

---

<sup>55</sup> Nesse sentido ver item "5.1 Tipos de sentenças".

resultados colidentes com outros valores constitucionais; e c) havia temor de que as exceções virassem regras manipuladas pelas “razões de Estado” (segurança jurídica ou excepcional interesse social) ou pelo varejo político que marca o Brasil (BARROSO, 2012, p. 69)<sup>56</sup>.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira afirma que a Lei 9.868/99 é inconstitucional, entre outros fundamentos, por transformar as decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal em meio espúrio de suspensão da ordem constitucional, uma vez que atribuiu a esse Tribunal o poder de restringir o conteúdo e de fixar os efeitos temporais de suas decisões (OLIVEIRA, 2001, p. 77). Tal situação inverteria a hierarquia das fontes por poder determinar a obediência a leis e a atos normativos declarados inconstitucionais pelo próprio Tribunal, com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (OLIVEIRA, 2001, p. 77).

Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirma que a supremacia da Constituição não é princípio sujeito à relativização ou a ponderação, pois se ela deixar de ser admitida para fins de proteção de terceiros de boa-fé, da coisa julgada ou do princípio do equilíbrio financeiro, na realidade o Poder Judiciário estaria abandonando o Direito e passando a operar exclusivamente de forma política (CRUZ, 2004, p. 254/255). Para o autor, ao se determinar que uma norma declarada inconstitucional continue gerando efeitos durante algum tempo admite-se a validade de um ato ilícito, o que seria uma contradição em si mesma (CRUZ, 2004, p. 255).

Assim sendo, seria inadmissível que um Tribunal fixasse *pro futuro* a cessação de eficácia de uma norma declarada inválida, pois isso colocaria a Suprema Corte do País acima da supremacia da Constituição (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 17)<sup>57</sup>. Entretanto o reconhecimento dessa supremacia é compatível com as teorias declaratórias e constitutivas da decisão de declaração de inconstitucionalidade (CRUZ, 2004, p. 255). A perda da eficácia pela última somente ocorreria no momento do reconhecimento da inconstitucionalidade (efeitos *ex nunc*) (CRUZ, 2004, p. 255); já a primeira (efeitos *ex tunc*) nem sempre é realizável diante da irreversibilidade/consumação de alguns atos jurídicos.

---

<sup>56</sup> O autor oferece informações adicionais sobre o tema na nota de rodapé nº 61 da obra citada.

<sup>57</sup> Explica o autor: “Nossa ‘implicância’ com o efeito *pro futuro* liga-se a nossa rejeição a argumentações que possam criar alopoiese do sistema jurídico, particularmente raciocínios ligados ao utilitarismo de modo geral ou particularizado nos aspectos de interpretação econômica e relativa à prognose judiciária de fundo pragmatista. Ambas podem ser sintetizadas como teses de fundo consequencialista” (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p.17/18).

A supremacia da constituição é elemento essencial à constituição do código binário de funcionamento do Direito, separando o lícito/constitucional do ilícito/inconstitucional (CRUZ, 2004, p. 242). Se o código deixa de ser considerado há o afastamento do próprio Direito, fazendo com que as Cortes assumam uma decisão de caráter estritamente político (CRUZ, 2004, p. 255).

Para o autor as técnicas de modulação temporal são poderes intoleráveis à luz da Teoria Discursiva do Direito, uma vez que a divisão discursiva de poderes reconhecera o fato de que todos os poderes são limitados por serem constituídos pela Constituição (CRUZ, 2004, p. 255). Referida teoria preservaria a supremacia da constituição, admitindo, todavia, a irreversibilidade de alguns atos praticados em função da impossibilidade de reversão (CRUZ, 2004, p. 255).

Sem embargo ao vasto conhecimento dos autores contrários à modulação, há que se considerar que, por disposição do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ou seja, o respeito a esses institutos decorrem justamente da supremacia constitucional, que também protege a segurança jurídica de forma mais ampla<sup>58</sup>.

Para além da segurança jurídica, a Constituição resguarda a justiça<sup>59</sup>, que deve ser analisada em cada caso concreto. Assim sendo, admitir a modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade para resguardar a segurança jurídica constitucionalmente prevista na realidade preserva a supremacia da Constituição. Não se trata de violação ao código binário do direito por se admitir “razões de conveniência oportunidade” (CRUZ, 2004, p. 255), mas de se aplicar o direito constitucionalmente previsto, tendo em vista a proteção constitucional da segurança jurídica e de seus desdobramentos.

Ao proferir uma decisão o Tribunal deve observar as consequências em face da segurança jurídica constitucionalmente garantida. A “verificação de fatos e prognoses legislativas” (MARTINS; MENDES, 2001, p. 170) é parte essencial do controle de constitucionalidade, sendo indissociável da própria competência do Tribunal (MARTINS; MENDES, 2001, p. 172/173). Nesse sentido, é necessário que o modelo procedimental dê condições ao Tribunal para proceder a tal verificação (MARTINS; MENDES, 2001, p. 181).

---

<sup>58</sup> Nesse sentido ver item “3.3 Proteção constitucional da segurança jurídica”.

<sup>59</sup> Nesse sentido ver item “3 A Constituição como reserva de justiça”.

Esse modelo deve proporcionar ao Tribunal a possibilidade de se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado e também um amplo direito de participação (MARTINS; MENDES, 2001, p. 181), abrindo-se caminho para a sociedade aberta de intérpretes proposta Peter Häberle (1997). Entretanto, o processo de apreciação dos fatos e prognoses legislativas deve ser racional para não ensejar decisões lastreadas apenas em bases intuitivas, exigindo-se do Tribunal uma atuação consciente e integradora no sistema constitucional (MARTINS; MENDES, 2001, p. 181).

O conceito de fatos legislativos não é preciso, mas pode ser entendido como todo e qualquer fato real relevante para aplicação de uma norma (MENDES, 2001, p. 14). Os fatos legislativos podem ser de três espécies: "fatos legislativos históricos", que deram ensejo a determinadas decisões; "fatos legislativos atuais", que envolvem o objetivo de determinadas organizações, a verificação e o tratamento equiparatório ou desequiparatório, o exame de possível desigualdade eleitoral e outros temas pertinentes ao caso em análise, para os quais o Tribunal utiliza documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos, análises de peritos, entre outras investigações empíricas; e "eventos futuros", que irão determinar a legitimidade ou ilegitimidade de uma dada lei, caso se confirme o prognóstico fixado pelo legislador (MENDES, 2001, p. 14/15).

Baseando-se na experiência da Corte Constitucional da Alemanha, os procedimentos racionais para a realização de prognósticos podem ser utilizados de forma isolada ou combinada (MENDES, 2001, p. 16). São eles: o "processo-modelo", que consiste em procedimento das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de análise causal-analítica de diversos fatores estáveis ou variáveis; a "análise de tendências", pela qual se analisam determinadas tendências de desenvolvimento em função do tempo; o "processo de teste", que proporciona a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro; e o "processo de indagação", pelo qual se indaga sobre a intenção das partes envolvidas no processo (MENDES, 2001, p. 15).

A falha de prognósticos pode ser de início ou pode ser um erro constatável após uma continuada aplicação da lei (MENDES, 2001, p. 20). No primeiro caso (*a priori*) o déficit de prognose enseja a nulidade da lei, porém na segunda hipótese (*a posteriori*) o Tribunal considera o erro cometido irrelevante do ponto de vista constitucional, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória (MENDES, 2001, p. 20).

Nesse caso, o legislador deverá empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com a presteza necessária (MENDES, 2001, p. 21).

A aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é controle não de processo, mas de resultado (MENDES, 2001, p. 15) ao menos de forma geral, pois se considerado puramente de resultado pode-se abrir espaço para a responsabilidade civil do Estado em caso de prognose errônea. Entretanto, o teste de eficiência da lei ou ato normativo deve ser cuidadoso sob pena de invadir a esfera da atuação legislativa, pois se não for possível apontar um desvio de finalidade, as razões concretas ou a psicologia legislativa – a intenção oculta de atingir determinado indivíduo ou grupo ao elaborar a lei que não será descoberta porque houve obediência aos procedimentos formais legislativos – não ferem por si a validade de uma lei (SAMPAIO, 2013a).

Embora não seja possível realizar controle judicial dos motivos, pode-se controlar a coerência ou a razoabilidade da lei, sua adequação aos fins, sua justiça interna e externa afirmada por um conteúdo que não importe em arbitrariedade ou discriminação injustificada, ou mesmo dos propósitos legislativos se ficar evidenciado, de forma flagrante, o atentado aos direitos garantidos (SAMPAIO, 2002, p. 169).

O caráter abstrato da lei nem sempre é verdadeiro, mas isso não a macula necessariamente de inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos, ao aplicar o princípio da igualdade, a Suprema Corte verifica se a adoção de políticas legislativas, de medidas administrativas ou de decisões judiciais que importem tratamentos diferenciados se pautou em critérios objetivos (SAMPAIO, 2002, p. 817). Busca-se um nexos de adequação entre a discriminação perpetrada e os fins perseguidos, não se admitindo impacto sensível apenas sobre um determinado grupo ou raça (SAMPAIO, 2002, p. 817). Referida doutrina inspira o exame de cada situação com suas particularidades, porém em algumas ocasiões ela é superada pela impossibilidade de o Judiciário examinar os reais motivos que levaram à adoção de certa política ou medida (SAMPAIO, 2002, p. 817)<sup>60</sup>. Em alguns casos a análise da Corte é menos formal, cuidando de examinar os efeitos concretos do ato ou a forma de sua aplicação no intuito de revelar alguma discriminação reprovável (SAMPAIO, 2002, p. 817).

---

<sup>60</sup> Segundo José Adércio Leite Sampaio, a motivação da adoção de políticas administrativas e legislativas seria um dos espaços vazios de jurisdição nos Estados Unidos (SAMPAIO, 2002, p. 267 e ss.).

Há um peso abstrato dos interesses afetados pela intervenção legislativa que constituem um critério adicional (LÁZARO, 2007, p.10) a ser considerado no controle de constitucionalidade, pois a intervenção legislativa é fundamentada *prima face* em fins constitucionais legítimos (LÁZARO, 2007, p. 07). Sem a existência de um erro grosseiro de análise de dados objetivo e materialmente equivocados, não pode o juiz examinar os pressupostos fáticos (conjuntura econômica, avaliação dos indicadores, etc.) para apontar um erro de apreciação *a priori* (exame ou avaliação errados, projeções equivocadas, etc.) e, em substituição à tese adotada pelo legislador, declarar a inconstitucionalidade de uma lei que normatiza a prognose feita sob pena de subverter a repartição de competências (SAMPAIO, 2013a).

Caso a prognose se revele equivocada é possível defender a responsabilidade civil do Estado por ato ilícito. Entretanto, ao se considerar a boa-fé do legislador e as razões de possibilidade e contingência do contexto da decisão, neutraliza-se a ilicitude e o ato de legislar se torna mais obrigação de meio do que propriamente de resultado (SAMPAIO, 2013a).

Na jurisprudência brasileira, de forma tímida e limitada, há aceitação da responsabilidade civil do Estado pelo desempenho inconstitucional da função de legislar exigindo-se, entretanto, prévia declaração judicial de inconstitucionalidade do ato legislativo (ESTEVEES, 2003, p. 203). De forma ainda mais escassa, admite-se a existência do dever estatal de indenizar pela edição de norma constitucional quando há o reconhecimento de conteúdo expropriatório de determinadas medidas legislativas de efeito concreto (ESTEVEES, 2003, p. 203).

O dever de ressarcir, porém, não decorre do mero exercício irregular da função legislativa, devendo-se conjugar necessariamente, além da inconstitucionalidade, a ocorrência do dano (ESTEVEES, 2003, p. 219). As situações nas quais mais comumente emerge o nexo de causalidade entre o vício de inconstitucionalidade e a lesão individual são o malferimento do princípio constitucional da igualdade (ESTEVEES, 2003, p. 222), o malferimento do direito adquirido (ESTEVEES, 2003, p. 224) e o desvio de finalidade no exercício da função legislativa (ESTEVEES, 2003, p. 226).

As decisões do Tribunal Constitucional não são isoladas do desenvolvimento da Constituição como realidade constitucional, pois a tarefa da justiça constitucional não é a aplicação formal do direito constitucional ao caso concreto com absoluta indiferença em face

de suas consequências, mas é uma reconciliação da efetiva vida constitucional com as regras da Constituição (ZAGREBELSKY, 1988, p. 60).

No âmbito da pesquisa sobre a regra "adequada ao caso" é necessário considerar as consequências das decisões abstratamente possíveis na vida constitucional e no funcionamento concreto do ordenamento jurídico (ZAGREBELSKY, 1988, p. 60). Somente uma visão absurdamente cega da realidade da tarefa da justiça constitucional em geral poderia ignorar a necessária consciência prognóstica dos efeitos da decisão a ser tomada, em face do desenvolvimento regular da vida constitucional no âmbito da Constituição (ZAGREBELSKY, 1988, p. 60).

O controle concentrado é objetivo no sentido de que é um processo que interessa a todos (MARTINS; MENDES, 2001, p. 181), pois para sua instauração basta a existência de um interesse público de controle (MARTINS; MENDES, 2001, p. 86/87). Seu processo é objetivo também por não conhecer partes e ser destinado à defesa da Constituição (MARTINS; MENDES, 2001, p. 88). Apesar das críticas sobre esse ponto, o controle concentrado continua sendo abstrato por não se vincular a casos ou demandas concretas e específicas. A consideração da realidade e dos impactos da decisão da modulação temporal decorre do fato de que interpretar é sempre aplicar, pois a norma interpretada, mesmo alheia a uma lide, é enunciado e realidade – o que não significa um juízo concreto (conflito de interesse concreto).

A separação de poderes, por sua vez, não significa que cada um dos respectivos órgãos deverá exercer necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas (legislativa, executiva e judiciária) ou que todas as funções do Estado devam sempre se enquadrar em uma dessas espécies classificatórias (ARAGÃO, 2002, p. 29). Dessa forma, a atipicidade do controle abstrato de inconstitucionalidade – especialmente a atipicidade do art. 27 da Lei 9.868/99 em face tripartição de poderes tradicional – não obriga sua definição como atividade legislativa negativa (ARAGÃO, 2002, p. 30) que extrapola a atividade típica do Judiciário. Existem limites aos poderes, mas esses limites não significam uma configuração rígida de atividades – e disso decorre uma possível divisão em atividades típicas e atípicas.

Quanto aos argumentos formais acerca da inconstitucionalidade da Lei 9.868/99, como se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal já utilizava a modulação temporal de efeitos anteriormente à edição da mencionada lei. Essa situação foi possível porque a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é consequência da observância do preceito



constitucional da segurança jurídica. Assim sendo, embora a constitucionalidade da lei esteja *sub judice*<sup>61</sup>, o Supremo Tribunal Federal poderá e deverá continuar utilizando a técnica, independentemente da previsão do art. 27, em função da supremacia da Constituição.

É necessário considerar que caso o Supremo Tribunal Federal deixe de retirar do ordenamento jurídico uma norma inconstitucional em função de seus efeitos negativos haveria, de fato, o perigo da suspensão da ordem constitucional. Entretanto, é possível observar que os Ministros adotam o modelo bifásico, no qual inicialmente reconhecem a inconstitucionalidade ou não do impugnado para, posteriormente, tratar da possível restrição dos efeitos da decisão. Quando realizada, referida restrição é cautelosa, pois diante da ausência dos requisitos da segurança jurídica prevalece a regra da retroatividade.

Os requisitos da segurança jurídica, por sua vez, somente são observáveis diante dos fatos apresentados em cada Ação Direta de Inconstitucionalidade, entretanto a introdução dos elementos fáticos ocorre na fase da modulação e não da discussão acerca da inconstitucionalidade do ato impugnado, uma vez que esta ocorre em tese. Embora os requisitos da segurança jurídica não possam ser delimitados com precisão, sabe-se que eles recebem proteção constitucional e, portanto, devem ser observados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões de inconstitucionalidade.

Referida observância, entretanto, não desconsidera as idas e vindas interpretativas entre linguagem e realidade que não operam com as dicotomias absolutas. O que se afirma é que o discurso explícito de/sobre fatos concretos se faz presente de modo consciente nos juízos argumentativos dos moduladores.

### **5.3.2.1 Possibilidade de modulação temporal de efeitos *ex officio* pelo Supremo Tribunal Federal**

Nos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.791-3/Paraná o Supremo Tribunal Federal discutiu a possibilidade de aplicação da modulação temporal de efeitos independentemente de pedido expresso na petição inicial (BRASIL, 2009b). Na Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente em 16 de agosto de 2006 o Supremo

---

<sup>61</sup> Nesse sentido ver item "5.4 Efeitos temporais".

Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “bem como os não-remunerados” contida no art. 34, parágrafo 1º, da Lei 12.398/98 (lei que instituiu o Sistema de Seguridade Funcional do Estado do Paraná), com redação dada pela Lei 12.607/99, ambas do Estado do Paraná, o que provocaria a reversão de diversas aposentadorias feitas pelo regime da PARANÁPREVIDÊNCIA.

A decisão com efeito *ex tunc* (regra no controle concentrado) excluiria do sistema de seguridade funcional do Estado do Paraná todos os serventuários de justiça não-remunerados pelos cofres públicos. Em face de tal decisão, o Governador do Estado do Paraná opôs Embargos de Declaração alegando omissão do Tribunal quanto à explicitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, formulando pedido de aplicação de modulação *pro futuro* em razão do critério da segurança jurídica das situações jurídicas já concretizadas. Entretanto, na petição inicial da ADI não houve pedido de modulação dos efeitos da decisão, o que causou controvérsia quanto ao cabimento dos embargos fundamentados em omissão.

O Relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu ser cabível os Embargos para explicitar a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, afirmando que caso se entenda que o fundamento para a limitação dos efeitos é de índole constitucional e que o Tribunal não poderá declarar inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* se presentes os requisitos para a restrição dos efeitos, era inevitável o acolhimento dos Embargos de Declaração porque, de fato, se configurava uma omissão do Tribunal na apreciação de tais circunstâncias (BRASIL, 2009b, p. 99). No mérito deu provimento aos Embargos conferindo efeitos *ex nunc* para se preservar a segurança jurídica nos casos de benefícios previdenciários já assegurados (BRASIL, 2009b, p. 104).

Destacando-se os principais fundamentos da discussão, o Ministro Menezes Direito entendeu pelo conhecimento dos Embargos, entretanto rejeitou-os no mérito diante da inexistência de pedido na petição inicial da ADI para modulação de efeitos, pois nesse caso não existiria omissão (BRASIL, 2009b, p. 110).

A Ministra Carmen Lúcia ponderou que um advogado não faria o pedido de modulação na petição inicial porque isso enfraqueceria sua fundamentação, uma vez que ele já estaria dizendo ao Tribunal que sua tese realmente não é boa e, assim sendo, o Tribunal deveria apreciar a possibilidade de aplicação da modulação (BRASIL, 2009b, p. 115). No

mérito, entretanto, rejeitou os Embargos por entender não ser caso de omissão (BRASIL, 2009b, p. 116).

O Ministro Marco Aurélio conheceu dos Embargos (BRASIL, 2009b, p. 121), mas não deu provimento afirmando não haver omissão. Para o Ministro se a omissão existisse todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas sob a vigência da lei que previu a possibilidade de modulação desafiariam Embargos de Declaração, pois nessas decisões proclamou-se a inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* implícita (BRASIL, 2009b, p. 121).

Em 22 de abril de 2009 o Tribunal, por maioria, conheceu por unanimidade dos Embargos, mas rejeitou-os, vencidos o Relator Ministro Gilmar Mendes, Ministra Ellen Gracie, Ministro Eros Grau e Cezar Peluso (BRASIL, 2009b, p. 131). No caso em tela, portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a modulação temporal dos efeitos somente poderia ocorrer se houver pedido exposto formulado na petição inicial da ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Posteriormente, em 09 de setembro de 2010, no julgamento dos Embargos de Declaração da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3601/DF, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a possibilidade de modulação dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade, independentemente de pedido anterior das partes. Referidos Embargos foram opostos pelo Governador do Distrito Federal contra acórdão de Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade da Lei Distrital 3.642/2005 (dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal) porque esta, ao cuidar do processo disciplinar na Polícia Civil, acabou por tratar indevidamente do regime jurídico de seus integrantes (BRASIL, 2010b, p. 03). No referido caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que compete à União Federal legislar com exclusividade sobre o regime jurídico dos policiais civis do Distrito Federal e, assim sendo, a Lei Distrital 3.642/05 era inconstitucional (BRASIL, 2010b, p. 03).

O Embargante sustentou que em função da relevância da matéria tratada no ato normativo declarado inconstitucional e das consequências advindas da decisão, estavam presentes graves razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social que recomendariam a outorga da eficácia meramente prospectiva, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99 (BRASIL, 2010b, p. 04). Assim sendo, requereu o acolhimento dos Embargos concedendo-se eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, para que os efeitos da decisão somente tivessem início a partir de seu trânsito em julgado (BRASIL, 2010b, p. 04).

O Relator, Ministro Dias Toffoli, sustentou em seu voto que o art. 27 da Lei 9.868/99 inovou significativamente no que concerne aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se de um modelo rígido e absoluto do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Segundo o Ministro, isso era imprescindível para que o Tribunal pudesse cumprir efetivamente sua missão de guardar a Constituição, já que a aplicação do mencionado dispositivo fundamentava-se no próprio princípio da unidade da Constituição (BRASIL, 2010b, p. 07). Destaque-se o seguinte trecho do voto do Ministro:

Portanto, a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 resulta de um conflito entre normas de igual hierarquia em que prevalecem certos bens jurídicos ou interesses também de hierarquia constitucional, quais sejam, a segurança jurídica – que decorre do art. 5º, caput, da Constituição e fundamenta a noção material do princípio do Estado de Direito (art. 1º da CF/88) – e o excepcional interesse social, que consubstancia qualquer outro princípio constitucional. É evidente que a identificação desses princípios somente pode ocorrer concretamente, mediante a análise de cada caso (BRASIL, 2010b, p. 08/09).

Considerando-se o dever do Supremo Tribunal Federal de zelar pela máxima efetividade da Constituição, presente as condições necessárias à flexibilização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de determinado ao normativo, a Corte teria o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99 (BRASIL, 2010b, p. 09). Assim sendo, o Tribunal seria omissivo ao não analisar todas as consequências de sua decisão, tornando possível o retorno à questão em sede de Embargos de Declaração (BRASIL, 2010b, p. 10).

Em função da natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade, não seria razoável permitir-se que por descuido dos participantes do processo ou mesmo por seu receio de enfraquecer sua tese, houvesse consequências adversas ao princípio da segurança jurídica ou a excepcional interesse social (BRASIL, 2010b, p. 10). Entretanto, permaneceria como regra a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, reputando-se como aplicado tal efeito caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, embora possam as partes trazer o tema em sede de Embargos de Declaração (BRASIL, 2010b, p. 11).

No caso em tela a declaração de inconstitucionalidade produziria a nulidade de todos os atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da Lei impugnada (BRASIL, 2010b, p. 12). Assim sendo, policiais absolvidos poderiam eventualmente ter que se submeter a novo

processo administrativo, com todos os percalços e incertezas resultantes de um procedimento disciplinar. E ainda policiais civis condenados pela prática de infrações gravíssimas poderiam ser reintegrados, retornando ao serviço público e aos quadros da Polícia Civil para exercer função inerente e essencial à segurança pública, o que poderia resultar em riscos à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio resguardados no art. 144, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 2010b, p. 12).

O Relator então conheceu dos Embargos de Declaração, dando-lhes provimento para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital 3.642/05 teria eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado, ocorrida em 21 de agosto de 2009 (BRASIL, 2010b, p. 13).

O Ministro Marco Aurélio entendeu não haver omissão, obscuridade ou contradição e ainda que não cabia, na espécie, afirmar que a Lei Distrital impugnada, em conflito com a Constituição Federal, vigorou de 2005 (promulgação da lei) a 2009 (declaração de inconstitucionalidade da lei) (BRASIL, 2010b, p. 14). Nesses termos, desproveu os Embargos (BRASIL, 2010b, p. 14).

O Ministro Gilmar Mendes entendeu ser possível admitir os Embargos de Declaração como um elemento de eventual correção sempre que houver essa possibilidade de impugnação e ainda a possibilidade de colher os votos previstos no art. 27 da Lei 9.868/99 (BRASIL, 2010b, p. 16). O Ministro Ricardo Lewandowski acolheu os Embargos nos termos do voto do Relator, mas afirmou ser uma situação excepcional por entender que a matéria não poderia ser suscitada em sede de Embargos (BRASIL, 2010b, p. 19).

Por fim, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, acolheu os Embargos de Declaração para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital 3.642/2005 a partir da publicação do acórdão, contra os votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que rejeitavam a modulação (BRASIL, 2010b, p. 29).

Percebe-se, portanto, que a partir do ano de 2010 o Supremo Tribunal Federal passou a aceitar a possibilidade de modulação temporal de efeitos de decisões de inconstitucionalidade em sede de Embargos de Declaração, independentemente da formulação de pedido nesse sentido na petição inicial da ação de controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, essa possibilidade só existe caso a decisão ainda seja passível de impugnação por Embargos e ainda se cumprido o *quorum* previsto no art. 27 da Lei 9.868/99.

A preservação da segurança jurídica é uma imposição constitucional e, assim sendo, a falha ou receio dos advogados e partes na elaboração da petição inicial de Ações Diretas de Inconstitucionalidade não escusa o Tribunal do seu dever de guardião da Constituição. Entretanto, os efeitos retroativos na declaração de inconstitucionalidade permanecem como regra, sendo necessário demonstrar em cada caso a violação da segurança jurídica ou o excepcional interesse social para se aplicar a modulação prevista no art. 27 da Lei 9.868/99.

## **6 MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um balanço jurisprudencial**

Conforme estatísticas divulgadas no site do Supremo Tribunal Federal, de 1988 até 30 de junho de 2013 foram distribuídas 4.945 (quatro mil novecentos e quarenta e cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo que 3.178 (três mil cento e setenta e oito) delas já tiveram decisão final, representando um percentual aproximado de 64% (sessenta e quatro por cento) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Anteriormente à Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal admitiu em alguns casos a limitação dos efeitos da declaração de constitucionalidade, destacando-se os seguintes: Recurso Extraordinário 78.533/SP, no qual o Tribunal decidiu pela manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional, considerando-se a aparência de legalidade e a ausência de prejuízo (MARCÍLIO, 2009, p. 74; BRASIL, 1982); Recurso Extraordinário 122.202/MG, no qual se decidiu que a retribuição advinda de lei estadual declarada inconstitucional pelo mesmo Tribunal não deveria ser devolvida no período de validade não questionada da lei de origem, mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade (BRASIL, 1994); Habeas Corpus 70.514/RS, no qual se decidiu que a lei que concede prazo em dobro à Defensoria Pública é constitucional até que esta alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo de ação penal pública (MARCÍLIO, 2009, p. 75; BRASIL, 1997); Recurso Extraordinário 147.776/SP, no qual se decidiu pela constitucionalidade do art. 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível se o requerente for pobre e se não houver Defensoria Pública organizada nos termos constitucionais (MARCÍLIO, 2009, p. 75; BRASIL, 1998).

Após o advento da Lei 9.868/99, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontram-se 23 (vinte e três)<sup>62</sup> julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nas quais se modulou os efeitos temporais das decisões. São elas: ADI 875 / DF - DISTRITO FEDERAL (Julgamento: 24/02/2010); ADI 2240 / BA - BAHIA (Julgamento: 09/05/2007);

---

<sup>62</sup> Última atualização realizada em 07 de julho de 2013.

ADI 2501 / MG - MINAS GERAIS (Julgamento: 04/09/2008); ADI 2797 ED / DF - DISTRITO FEDERAL (Julgamento: 16/05/2012); ADI 2904 / PR - PARANÁ (Julgamento: 15/04/2009); ADI 2907 / AM - AMAZONAS (Julgamento: 04/06/2008); ADI 3022 / RS - RIO GRANDE DO SUL (Julgamento: 02/08/2004); ADI 3316 / MT - MATO GROSSO (Julgamento: 09/05/2007); ADI 3430 / ES - ESPÍRITO SANTO (Julgamento: 12/08/2009); ADI 3458 / GO - GOIÁS (Julgamento: 21/02/2008); ADI 3489 / SC - SANTA CATARINA (Julgamento: 09/05/2007); ADI 3601 ED / DF - DISTRITO FEDERAL (Julgamento: 09/09/2010); ADI 3615 / PB - PARAÍBA (Julgamento: 30/08/2006); ADI 3660 / MS - MATO GROSSO DO SUL (Julgamento: 13/03/2008); ADI 3682 / MT - MATO GROSSO (Julgamento: 09/05/2007); ADI 3689 / PA - PARÁ (Julgamento: 10/05/2007); ADI 3819 / MG - MINAS GERAIS (Julgamento: 24/10/2007); ADI 4009 / SC - SANTA CATARINA (Julgamento: 04/02/2009) e, por consequência, a ADI 4001; ADI 4029 / AM - AMAZONAS (Julgamento: 08/03/2012); ADI 4140 / GO - GOIÁS (Julgamento: 29/06/2011); ADI 4414 / AL - ALAGOAS (Julgamento: 31/05/2012); ADI 4416 MC / PA - PARÁ (Julgamento: 06/10/2010)<sup>63</sup>.

Em sede de controle difuso (declaração incidental de inconstitucionalidade) o Supremo Tribunal Federal aplicou a modulação temporal de efeitos em 10 (dez)<sup>64</sup> decisões: Recurso Extraordinário 586453 / SE - SERGIPE (Julgamento: 20/02/2013); ED no Recurso Extraordinário 600885 / RS - RIO GRANDE DO SUL (Julgamento: 29/06/2012); ED no Recurso Extraordinário 500171 / GO - GOIÁS (Julgamento: 16/03/2011); Recurso Extraordinário 600885 / RS - RIO GRANDE DO SUL (Julgamento: 09/02/2011); ED no Recurso Extraordinário 500171 / GO - GOIÁS (Julgamento: 16/03/2011); Recurso Extraordinário 556664 / RS - RIO GRANDE DO SUL (Julgamento: 12/06/2008); Recurso Extraordinário 560626 / RS - RIO GRANDE DO SUL (Julgamento: 12/06/2008); Recurso Extraordinário 559943 / RS - RIO GRANDE DO SUL (Julgamento: 12/06/2008); Mandado de Segurança 26604 / DF - DISTRITO FEDERAL (Julgamento: 04/10/2007); Recurso Extraordinário 197917 / SP - SÃO PAULO (Julgamento: 06/06/2002).

---

<sup>63</sup> Os Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3756 / DF - DISTRITO FEDERAL (Julgamento: 21/06/2007) não foram incluídos no cálculo em função de a modulação ocorrida no caso ter sido fundamentada no art. 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, não se relacionando com a modulação prevista no art. 27 da Lei 9.868/99.

<sup>64</sup> Última atualização realizada em 14 de agosto de 2013.



Como o foco do presente trabalho é o controle concentrado de constitucionalidade, a seguir serão analisadas as decisões das ADIs mais relevantes<sup>65</sup> do ponto de vista da modulação temporal de efeitos por razões de segurança jurídica, considerando-se os fundamentos apresentados pelos Ministros cotejados com a argumentação desenvolvida no presente trabalho.

Para a análise será necessário apresentar a situação concreta de cada caso, no intuito de se verificar a efetiva preservação da segurança jurídica. Convém ressaltar ainda que algumas ADIs foram reunidas e julgadas na mesma ocasião com decisões semelhantes e, nesses casos, será feita a análise de apenas uma das ADIs do grupo.

### **6.1 Ação Direta Inconstitucionalidade 875 / DF**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 875 foi apensada a ADI 1.967/DF, ADI 2.727/DF e ADI 3.243/DF em função de todas terem como objeto a Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, que estabeleceu normas para o cálculo, entrega e controle das liberações de recursos dos Fundos de Participação.

A ADI 1.987/DF foi proposta pelos Estados de Mato Grosso e Goiás tendo por objeto a omissão do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que determinou caber à lei complementar estabelecer normas sobre a entrega dos recursos referidos no art. 159 também da Constituição Federal, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, visando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios. O art. 159, inciso I, por sua vez, determinou que a União deve entregar, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, totalizando quarenta e oito por cento.

---

<sup>65</sup> As sínteses das decisões moduladas de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que não serão analisadas encontram-se no “*Apêndice A*” da presente dissertação.

Os requerentes afirmaram que o critério estabelecido na Lei Complementar 62/1989 não estava de acordo com a vontade do legislador por não promover o equilíbrio socioeconômico previsto no mencionado art. 161 da Constituição Federal (BRASIL, 2010a, p. 221). Sustentou-se a arbitrariedade da fixação dos índices individuais destinados aos Estados, que ofenderiam a ideia de redistribuição de recursos que inspirou a criação dos fundos (BRASIL, 2010a, p. 221). Segundo os requerentes, ao invés de a Lei Complementar ter sido elaborada com base em dados objetivos apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ela resultou de acordo político entre Governo Federal e Governos Estaduais (BRASIL, 2010a, p. 222).

Outro problema apontado pelos requerentes estava na previsão de que os coeficientes da participação dos Estados e do Distrito Federal deveriam ter vigência provisória até o exercício financeiro de 1991, por disposição expressa do parágrafo 1º do art. 2º da Lei Complementar 62/1989 (BRASIL, 2010a, p. 222). De acordo com a Lei Complementar, os novos critérios que vigorariam a partir de 1992 deveriam ser fixados em lei específica, com base na apuração do censo do ano de 1990 (BRASIL, 2010a, p. 222). Entretanto, sucessivas leis complementares (Leis Complementares 71/92, 72/93 e 74/94) prorrogaram os critérios temporários (BRASIL, 2010a, p. 222).

Assim sendo, pediu-se a declaração de vício de inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente intimação do Presidente do Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias (BRASIL, 2010a, p. 223).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 875 foi proposta pelos Governadores dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina tendo por objeto o art. 2º, incisos I e II (ambos determinaram o percentual de participação por região do País) e parágrafos 1º (fixou o prazo de aplicação até o exercício de 1991), 2º (determinou que os critérios a vigorarem a partir de 1992 seriam fixados em lei específica com base no censo de 1990) e 3º (determinou que os critérios provisórios vigorassem até a definição dos novos critérios), e ainda o Anexo Único (determinou o coeficientes de individuais de participação por Estado) da Lei Complementar 62/1989.

Afirmaram os requerentes que ao invés de fixar os critérios ou estabelecer por lei complementar as regras básicas sobre esses critérios, a Lei Complementar 62/1989 elidia, afastava e protelava a criterização para ir diretamente aos coeficientes (BRASIL, 2010a, p. 225). Sustentou-se ainda que houve violação da competência do Tribunal de Contas da União,

uma vez que a Constituição determinou que lei complementar deveria dispor efetivamente sobre critérios a partir dos quais o Tribunal de Contas da União poderia estabelecer as quotas e os coeficientes, não podendo efetuar cálculo matemático como o fez a Lei Complementar 69/1989 (BRASIL, 2010a, p. 226). Referida Lei Complementar, portanto, consistiria em instrumento agressivo da igualdade entre os Estados, que seria um princípio constitucional explícito e essencial à forma federativa (BRASIL, 2010a, p. 226).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.727 foi proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo por objeto os já mencionados parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 2º e Anexo Único da Lei Complementar 62/1989, e ainda parte da Decisão Normativa nº 44 (aprovou para o exercício de 2002 os coeficientes para o cálculo das quotas de distribuição dos fundos), de 12 de dezembro de 2001, editada pelo Tribunal de Contas da União.

Sustentou o requerente que a fixação desde logo dos coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal até o ano de 1991 e a remissão à lei específica para a definição de critérios de rateio do Fundo de Participação a vigorarem a partir de 1992 violariam a independência e harmonia dos Poderes previstas no art. 2º da Constituição Federal de 1988, os objetivos fundamentais da República enumerados no art. 3º também da Constituição. e a vedação à delegação de matéria reservada à lei complementar (BRASIL, 2010a, p. 227).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.243 foi proposta pelo Governador de Mato Grosso tendo por objeto a Lei Complementar 62/1989, especificamente o parágrafo 3º do art. 2º. O requerente afirmou que a declaração de inconstitucionalidade apenas do referido dispositivo deixaria o restante da lei sem significado normativo, o que justificaria a impugnação de sua totalidade (BRASIL, 2010a, p. 228). Os argumentos apresentados foram semelhantes aos da ADI 1.987, também de autoria do Estado do Mato Grosso, distinguindo-se apenas pelo fato de que naquela ADI pediu-se a declaração de inconstitucionalidade por omissão, enquanto na presente ADI pediu-se a declaração de inconstitucionalidade por ação do inteiro teor da Lei Complementar 62/1989 (BRASIL, 2010a, p. 228).

O Ministro Gilmar Mendes, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 875 (ação que foi julgada por todas as outras do grupo), entendeu haver omissão parcial do legislador que editou lei a pretexto de dar cumprimento às determinações constitucionais, mas que não se desincumbiu de forma satisfatória do dever que a Constituição lhe impusera,

inviabilizando, com o seu ato, a plena efetividade da norma constitucional (BRASIL, 2010a, p. 247).

Apontou o Relator que a natureza provisória e o caráter eminentemente político dos índices fixados pela Lei Complementar 62/1989 foram expressamente reconhecidos pelo relator do projeto de lei (BRASIL, 2010a, p. 251). Afirmou-se ainda que a Lei Complementar 62/1989 não estabeleceu os critérios de rateio constitucionalmente exigidos, pois apenas definiu diretamente os coeficientes de participação dos Estados e Municípios (BRASIL, 2010a, p. 261).

Apesar de entender que a Lei Complementar 62/1989 não cumpriu integralmente a exigência do art. 161, inciso II, da Constituição Federal de 1988, entendeu o Relator que sua imediata supressão da ordem jurídica causaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, pois o vácuo legislativo poderia inviabilizar por completo as transferências de recursos (BRASIL, 2010a, p. 272).

Assim sendo, embora existisse a ideia geral de que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial exija a suspensão de aplicação dos dispositivos impugnados, em determinados casos a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional (BRASIL, 2010a, p. 272). Seriam casos nos quais, pelo prisma constitucional, a aplicação da lei mostra-se indispensável no período de transição até a promulgação da nova lei (BRASIL, 2010a, p. 274) e, assim sendo, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível ou às vezes inevitável afastar a incidência da nulidade em determinadas situações, com base no princípio da segurança jurídica (BRASIL, 2010a, p. 274/275).

Configurada eventual tensão entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica que no Brasil tem *status* constitucional, a solução deve decorrer de um "processo de complexa ponderação" (BRASIL, 2010a, p. 275). Nesse contexto, afirma o Relator que o art. 27 da Lei 9.868/99 "[...] tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional" (BRASIL, 2010a, p. 275). Esclarece o Ministro que a segurança jurídica encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito, enquanto o excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais (BRASIL, 2010a, p. 275/276).

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio (BRASIL, 2010a, p. 276).

Retornando à situação concreta em análise, o Relator afirmou que a decisão do Tribunal poderia causar verdadeiro caos jurídico e, assim sendo, julgou procedente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 875, 1.987, 2.727 e 3.243 para, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º incisos I e II, parágrafos 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/1989, assegurada sua aplicação até 31 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2010a, p. 277).

Restringindo-se a discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal aos pontos referentes à modulação dos efeitos da decisão, destaca-se a concordância do Ministro Ricardo Lewandowski com o prazo de dois anos de vigência estabelecido pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, no intuito de evitar o vácuo legislativo (BRASIL, 2010a, p. 282).

Discutiu-se a necessidade de aumentar o prazo em virtude do ano eleitoral (BRASIL, 2010a, p. 286 e ss.). Entretanto, o Ministro Dias Toffoli entendeu que o prazo fixado pelo Relator era razoável, afirmando que quando há vontade política, necessidade e prazo formatado o Congresso Nacional em diversas ocasiões já conseguiu produzir e legislar em vinte e quatro horas (BRASIL, 2010a, p. 287).

Considerou-se a possibilidade de juízo de improcedência acompanhado de apelo ao legislador, porém a Ministra Carmen Lúcia afirmou que nesse caso não haveria determinante na decisão e o Ministro Ayres Britto ponderou que os resultados dos “apelos” até então não foram eficazes (BRASIL, 2010a, p. 288).

O Ministro Marco Aurélio afirmou ser resistente à observância do art. 27 da lei 9.868/99 e julgou improcedente os pedidos das ADIs, exceto o alusivo à inconstitucionalidade por omissão, que reconheceu a partir da data do julgamento, entendendo serem legítimos os rateios até então realizados pela lei complementar (BRASIL, 2010a, p. 290).

O Ministro Cezar Peluso requereu que na decisão ficasse claro que, decorrido o prazo, a lei ficaria sem efeito, o que permitiria aos Estados realizar pressão política para a votação de outra lei, sob pena de sofrerem consequências econômicas (BRASIL, 2010a, p. 296). O Ministro Ricardo Lewandowski concluiu que na realidade não se estava fixando um prazo para o Congresso Nacional e sim se utilizando o art. 27 da lei 9.868/99 para modular, pois se estava declarando a inconstitucionalidade, mas projetando no tempo a eficácia da decisão do Tribunal (BRASIL, 2010a, p. 298) ou, como afirmou a Ministra Carmen Lúcia, tratava-se de uma inconstitucionalização (BRASIL, 2010a, p. 298).

Por fim, o Tribunal julgou procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 875, 2.727, 3.243 e 1.987, para, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, parágrafos 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/1989, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2012, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, sendo vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio que julgou procedente apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.987 e, no caso, não aplicou o art. 27 da Lei 9.568 (BRASIL, 2010a, p. 301).

Analisando-se a opção do Supremo Tribunal Federal em modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 62/1989, é necessário considerar que a possibilidade de total ausência de recebimento do Fundo de Participação pelos Estados Distrito Federal e Municípios seria incontestável causa de insegurança jurídica, considerando-se que a retirada da Lei do ordenamento jurídico em razão da declaração de inconstitucionalidade inviabilizaria o repasse, como bem apontou o Relator.

Lado outro, validar essa mesma Lei que continha flagrante inconstitucionalidade também seria causa de insegurança jurídica, em função do cumprimento apenas parcial do disposto no art. 161, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Ao manter a vigência da Lei Complementar por prazo necessário à edição de nova lei pelo Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal resguardou o preceito constitucional da segurança jurídica e, assim sendo, cumpriu-se o texto constitucional e respeitou-se sua supremacia.

A segurança jurídica em sua dimensão relacionada à sociedade<sup>66</sup> busca criar condições de igualdade, devendo proporcionar a tranquilidade de que os mais fracos não sejam

---

<sup>66</sup> Nesse sentido, ver item “2.2.2 A filtragem da justiça”.

abandonados diante dos mais fortes. Nesse contexto, a fixação dos coeficientes do Fundo de Participação por meio de acordo político afronta diretamente a obrigação de equilíbrio socioeconômico dos Estados e Municípios previsto no art. 161 da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, a segurança jurídica.

Porém, a violação também ocorreria caso se pronunciasse a inconstitucionalidade da Lei que fixou os coeficientes, já que sem ela não haveria repasse algum. Dessa forma, a modulação temporal foi a melhor opção por evitar a insegurança jurídica decorrente da brusca redução orçamentária dos entes federados afetados pela decisão.

## **6.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240/BA**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240/BA foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores para declarar a inconstitucionalidade da Lei 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães. Sustentou o requerente que a criação do Município ocorreu em ano de eleições municipais e na pendência da criação da lei complementar federal mencionada no art. 18, parágrafo 4º, da Constituição Federal (já com a redação conferida pela Emenda Constitucional 15/1996), que definiria o período no qual os municípios poderiam ser criados (BRASIL, 2007a, p. 282/283).

Segundo o requerente a Constituição do Estado da Bahia, seguindo a redação original da Constituição Federal de 1988 que atribuiu à lei complementar estadual estabelecer os requisitos definidores da criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, fixou o período no qual os municípios poderiam ser criados (BRASIL, 2007a, p. 283). Entretanto, com a promulgação da Emenda Constitucional 15/1996, os textos da Constituição Federal de 1988 e da Constituição da Bahia se tornaram conflitantes, o que resultaria na revogação do texto constitucional estadual (BRASIL, 2007a, p. 283).

Afirmou-se ainda que a lei impugnada atentava contra o regime democrático, pois apenas a população do Distrito de Luís Eduardo Magalhães se manifestou no plebiscito realizado em 19 de março de 2000, embora a consulta devesse ser estendida a toda a população envolvida no processo de emancipação (BRASIL, 2007a, p. 284). Além disso, alegou-se que os estudos de viabilidade municipal foram publicados em data posterior ao

plebiscito, qual seja: 28 de março de 2000 (BRASIL, 2007a, p. 284). Requereu-se ainda medida cautelar, afirmando-se que a criação do município em ano de eleição para prefeito geraria situação temerária à preservação da ordem pública (BRASIL, 2007a, p. 284).

O Ministro Eros Grau, Relator do caso, afirmou que uma interpretação literal do parágrafo 4º do art. 18 da Constituição Federal de 1988 conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da Lei baiana 7.619/2000 que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, por não existir a lei complementar federal fixadora do prazo de criação dos municípios (BRASIL, 2007a, p. 287/288). Ocorre que o Município foi efetivamente criado existindo há mais de seis anos e, por isso, o Tribunal não poderia se limitar à prática do mero exercício de subsunção, devendo considerar se tratar de situação de exceção e ainda as consequências perniciosas que poderiam advir de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual (BRASIL, 2007a, p. 288).

O Ministro apontou então diversos atos exercidos pelo Município que são próprios ao ente federativo dotado de autonomia, tais como a promulgação de lei orgânica em 19 de julho de 2001, a sanção de mais de duzentas leis municipais até maio de 2006, eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizadas pela Justiça Eleitoral, instituição e arrecadação de tributos de sua competência, prestação de serviços públicos de interesse local, registros em seu território de nascimentos e óbitos, entre outros (BRASIL, 2007a, p. 288). Dessa forma, demonstrou-se que os cidadãos domiciliados no Município supõem, de boa-fé, que sua autonomia política seja juridicamente regular (BRASIL, 2007a, p. 289).

No caso em tela o princípio da segurança jurídica prosperava em benefício da preservação do Município, devendo-se proteger também a confiança (BRASIL, 2007a, p. 290/291). O Ministro ressaltou que existem situações excepcionais no direito positivo que produzem efeitos jurídicos como, por exemplo, o casamento putativo e as sociedades de fato (BRASIL, 2007a, p. 292/294). O Município de Luiz Eduardo de Magalhães, por sua vez, existe de fato como ente federativo dotado de autonomia municipal, apesar de ser situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos (BRASIL, 2007a, p. 295). A situação excepcional manifestava-se inicialmente em razão da omissão do Poder Legislativo que desde a promulgação da Emenda Constitucional 15/1996 impediu a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, configurando um desvio do estado normal do sistema (BRASIL, 2007a, p. 295). A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstanciava autêntica violação da ordem



constitucional pelo Congresso Nacional, o que consistia em situação anormal (BRASIL, 2007a, p. 296/297).

Em uma visão normativista radical o Município de Luís Eduardo Magalhães jamais foi criado em termos formais, e da inconstitucionalidade da lei que o criou, decorreria sua inconstitucionalidade institucional (BRASIL, 2007a, p. 298/299). Porém, isso somente seria correto no mundo do dever ser e não no mundo do ser no qual se vive. No caso falava-se em "Município putativo" e a operação da putatividade era obstáculo aos efeitos da inconstitucionalidade da lei que o criou (BRASIL, 2007a, p. 299). Diferentemente do casamento putativo, a anulação da decisão política da qual resultou a criação do Município avançaria sobre a "reserva do impossível", devido à impossibilidade de anular o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo (BRASIL, 2007a, p. 299/300).

Segundo o Relator a Ação Direta de Inconstitucionalidade em questão compreendia não apenas o pedido da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas também de inconstitucionalidade institucional de um ente da federação, o que não poderia ser examinado no plano abstrato normativista (BRASIL, 2007a, p. 301). Na tarefa de concretização da Constituição a Corte deveria prover sua força normativa e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto (BRASIL, 2007a, p. 302). Assim sendo, a Corte deveria analisar o que menos a sacrificaria: a agressão à regra do art. 18 parágrafo 4º ou a violação do princípio federativo (BRASIL, 2007a, p. 303). O Relator entendeu que a violação ao princípio federativo com a conseqüente cassação da realidade política local agravava e sacrificava a função normativa da Constituição de modo pernicioso (BRASIL, 2007a, p. 303).

Ressaltou-se ainda que a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade não serviria de estímulo para a criação indiscriminada de novos municípios, mas haveria de se expressar como um apelo ao Poder Legislativo para suprir a omissão constitucional reiteradamente consumada (BRASIL, 2007a, p. 304). Assim sendo, em função da realidade concreta do Município de Luís Eduardo Magalhães, o Relator julgou improcedente a Ação (BRASIL, 2007a, p. 305).

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a questão pendente no julgamento em tela estava em definir quais os contornos que a decisão do Tribunal deveria assumir para que fosse a menos gravosa possível à realidade concreta fundada sobre a nova

entidade federativa (BRASIL, 2007a, p. 311). A solução não poderia advir da simples decisão de improcedência da ação, pois o reconhecimento da plena aplicabilidade da segurança jurídica não poderia deixar de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional (BRASIL, 2007a, p. 311). Assim sendo, o peso elevado desse princípio no caso tornaria inevitável o recurso à técnica da ponderação (BRASIL, 2007a, p. 312).

O Ministro apontou a possibilidade de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos Estados Unidos (BRASIL, 2007a, p. 314 e ss.), Portugal (BRASIL, 2007a, p. 316 e ss.) e Espanha (BRASIL, 2007a, p. 319/320), afirmando haver tendência no sentido de universalização das alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica de nulidade (BRASIL, 2007a, p. 320). No Brasil, o art. 27 da lei 9.868/99 veio preencher a lacuna existente no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade (BRASIL, 2007a, p. 325) e seria aplicável ao caso em tela, pois as consequências da decisão poderiam gerar caos jurídico (BRASIL, 2007a, p. 330).

Nesses termos, o Ministro Gilmar Mendes votou pela declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo-se sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses. Considerou-se tal lapso temporal como razoável para a reapreciação do tema pelo legislador estadual, tendo como base os parâmetros que deveriam ser fixados na lei complementar federal (BRASIL, 2007a, p. 330).

Nesse ponto convém ressaltar que o prazo de vinte e quatro meses decorreu da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3682/ MT, proposta pelo Estado de Mato Grosso, cujo objeto era o reconhecimento da omissão do Congresso Nacional para elaborar a lei complementar mencionada no parágrafo 4º do art. 18 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 15/ 1996. Referido prazo foi utilizado como parâmetro para a limitação dos efeitos da decisão não apenas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240 ora analisada, mas também nas Ações 3316/MT, 3489/SC, 3689/PA e 3682/MT, todas versando sobre a criação de Municípios e com decisão semelhante.

Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau (Relator) retificou seu voto para declarar a inconstitucionalidade, mas não a nulidade, pelo prazo de vinte e quatro meses (BRASIL, 2007a, p. 331).

O Ministro Sepúlveda Pertence explicou em seu voto que ainda não se sentia em condições de aderir à doutrina da declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes. Segundo o Ministro, atos jurídicos são aperfeiçoados e direitos são adquiridos pela não-incidência de uma lei inconstitucional, então onde existissem direitos adquiridos não haveria possibilidade de o Tribunal lançar para o futuro o termo inicial da inconstitucionalidade de uma lei (BRASIL, 2007a, p. 332). Entretanto, o Ministro afirmou não desconhecer vários casos nos quais se modularam os efeitos e que nessas hipóteses, independentemente do art. 27 da lei 9.868/99, o Tribunal pode modular a eficácia temporal mediante ponderação entre o dogma da nulidade da lei inconstitucional e a garantia da segurança jurídica (BRASIL, 2007a, p. 333).

No caso da criação de Município, o Ministro entendeu ser plausível a fórmula proposta pelo Ministro Gilmar Mendes por não antever situações individuais que pudessem ser atingidas pela decisão. Poderia haver situações não jurídicas, mas criadas com boa-fé em razão da existência de fato do Município inconstitucional. Nesses termos, o Ministro acompanhou o voto do Relator (BRASIL, 2007a, p. 334).

O Ministro Marco Aurélio afirmou que não poderia se deixar levar pela emoção, pois se estava julgando um processo objetivo. A aceitação da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães ao arrepio do disposto na Constituição Federal abriria a porta para se endossar a criação de outros Municípios em conflito evidente com ela (BRASIL, 2007a, p. 338). O Ministro então julgou procedente o pedido formulado (BRASIL, 2007a, p. 345).

Ao final, por unanimidade, o Tribunal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240/BA e, por maioria, não pronunciou a nulidade da Lei 7.619/2000 do Estado da Bahia, mantendo sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses até que o legislador estadual estabelecesse novo regramento, vencido nesse ponto o Ministro Marco Aurélio, que declarava a nulidade do ato impugnado (BRASIL, 2007a, p. 348).

No caso em tela verifica-se que a pronúncia da nulidade da Lei baiana que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães causaria prejuízos imensuráveis à sua população, pois provocaria o desfazimento de atos há muito consumados. Ademais, a inconstitucionalidade da Lei impugnada decorria da omissão do Congresso Nacional, o que configurava uma situação anormal como explicou o Ministro Eros Grau. Assim sendo, em respeito à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito, não restaria dúvidas quanto à necessidade de preservação das situações já consolidadas.

A questão da abertura para a criação de novos municípios inconstitucionais apontada pelo Ministro Marco Aurélio também merece atenção, pois caso não se declarasse a inconstitucionalidade no caso em tela o Supremo Tribunal Federal estaria cedendo à possível emoção, como mencionou o Ministro em seu voto. Aliás, a resolução dos conflitos jurídicos por terceiros imparciais é requisito da segurança jurídica, pois é necessário que os indivíduos estejam seguros acerca dos seus direitos e deveres. Porém, no caso julgado verifica-se que a análise dos elementos concretos não decorreu de emoção e sim da imposição constitucional de respeito à segurança jurídica.

Como já se demonstrou<sup>67</sup> a segurança jurídica possui uma dimensão em relação ao poder que se preocupa com instituições, procedimentos e garantias da sociedade. Ficou demonstrado que o Município de Luís Eduardo Magalhães possuía órgãos, instituições e funcionários organizados, tendo realizado até mesmo eleições e arrecadado tributos. Havia, de fato, o exercício da atividade municipal e ignorar essa realidade fática configuraria violação da segurança jurídica.

Assim sendo, considerando-se a necessidade de se declarar a inconstitucionalidade da Lei baiana, e ainda a necessidade de se resguardar a boa-fé, a confiança e as situações consolidadas pelo Município, a modulação temporal da decisão foi essencial à manutenção da segurança jurídica.

### **6.3 Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797/DF**

Os Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797/DF foram opostos pelo Procurador-Geral da República e pelo Presidente da República representado pelo Advogado-Geral da União, em face do acórdão que declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao art. 84 (dispôs sobre a prerrogativa de foro nas ações de improbidade administrativa) do Código de Processo Penal, uma vez que o Tribunal não se pronunciou acerca da modulação dos efeitos da decisão.

Em seus Embargos o Procurador-Geral de República pleiteava que, com fundamento no art. 27 da Lei 9.868/99, a decisão somente produzisse efeitos a partir da data de

---

<sup>67</sup> Nesse sentido, ver o item “2.2.2 A filtragem da justiça”.

juízo, qual seja: 15 de setembro de 2005 (BRASIL, 2013a, p. 07). Segundo o primeiro embargante, no caso em tela a lei declarada inconstitucional teve plena aplicação e vigência entre 26 de dezembro de 2002 (data de sua publicação no Diário Oficial da União) e 15 de setembro de 2005 (data na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a ADI procedente) (BRASIL, 2013a, p. 08).

Assim sendo, por quase três anos a Lei impugnada que alterou regras de competência no processo penal e no processo civil vigorou no ordenamento jurídico brasileiro e, nesse período, ações de improbidade, inquéritos e ações penais contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro tramitaram em diversos órgãos jurisdicionais (BRASIL, 2013a, p. 08). Portanto, a declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada com efeitos “*ex tunc*”, causaria a anulação de inúmeros feitos criminais e cíveis, o que importaria em risco à segurança jurídica (BRASIL, 2013a, p. 08). Nesse mesmo sentido, foram os Embargos propostos pelo Presidente da República representado pelo Advogado-Geral de União.

Em seu voto o Relator, Ministro Menezes Direito, afirmou não estar caracterizada qualquer omissão no julgamento em tela, posto que o art. 27 da Lei 9.868/99 dispôs sobre uma possibilidade e não uma obrigação do Tribunal de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em algumas situações peculiares. Não havendo manifestação expressa acerca da modulação, entende-se que incide o efeito natural, qual seja, a retroatividade total da norma impugnada desde a sua edição (BRASIL, 2013a, p. 12).

O Relator apontou ainda que nas petições iniciais da presente Ação e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.860/DF em apenso, ambas julgadas em 15/09/2005, não houve pedido de apreciação dos efeitos de eventual decisão de procedência. Além disso, no parecer do Procurador-Geral da República à época também não houve enfrentamento da eventual modulação de efeitos. Assim sendo, o Relator conheceu, mas rejeitou os Embargos de Declaração (BRASIL, 2013a, p. 15).

Nos debates o Plenário discutiu se seria o caso de se aplicar o entendimento sedimentado nos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.791-3/Paraná acerca da impossibilidade de modulação temporal *ex officio*<sup>68</sup> (BRASIL, 2013a, p. 16). Para o Relator, a tese dos Embargos em discussão era a mesma dos Embargos já

---

<sup>68</sup> Como já demonstrado anteriormente, somente a partir do ano de 2010 o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a modulação *ex officio*. Nesse sentido, ver item “6.2.1 Possibilidade de modulação temporal de efeitos *ex officio* pelo Supremo Tribunal Federal”.

decididos e, por isso, seu voto foi pela rejeição pelos mesmos fundamentos (BRASIL, 2013a, p. 20).

O Ministro Ayres Britto afirmou que, em sede de fiscalização de constitucionalidade, a proposição nuclear é a da nulidade das leis e demais atos do Poder Público eventualmente contrários à Constituição em função de sua supremacia (BRASIL, 2013a, p. 30). Entretanto, existem situações que demandam uma decisão judicial excepcional ou de efeitos limitados ou restritos para se preservar princípios constitucionais também revestidos de superlativa importância sistêmica, como a segurança jurídica e o acautelamento do meio social, sobretudo pela preservação da ordem pública (BRASIL, 2013a, p. 30).

O Ministro entendeu que a presunção da nulidade da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal somente se torna absoluta com o trânsito em julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Assim sendo, ao tomar conhecimento em sede de Embargos de Declaração de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal não deve considerar a mera presunção – ainda relativa – como obstáculo intransponível para a preservação da própria unidade material da Constituição (BRASIL, 2013a, p. 31). Segurança jurídica essa que opera como elemento conceitual do próprio Estado de Direito e emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, considerando-se que os Embargos de Declaração integram o julgado e consistem em meio de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, compete ao Tribunal, mesmo sem o pedido das partes, modular os efeitos da decisão, se presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (BRASIL, 2013a, p. 32).

Ainda para o Ministro Ayres Britto a declaração de inconstitucionalidade com efeito retroativo no caso em tela faria com que todos os processos alcançados pelos parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Penal retornassem à estaca zero, causando evidentes impactos negativos à segurança jurídica e à efetividade da prestação jurisdicional (BRASIL, 2013a, p. 32). Nesses termos, o Ministro conheceu e acolheu os Embargos de Declaração para fixar a data de 15 de setembro de 2005 como termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando-se a validade dos atos processuais até então praticados, devendo as ações ainda não transitadas em julgado seguirem na instância adequada (BRASIL, 2013a, p. 33).

O Ministro Luiz Fux entendeu ser cabível a modulação quando do oferecimento dos Embargos de Declaração e até mesmo em uma sessão seguinte, caso se desejasse promover essa modulação *ex officio* no interesse público, como prevê a lei (BRASIL, 2013a, p. 40).

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que os valores tutelados no art. 27 da Lei 9.868/99 (segurança jurídica e excepcional interesse social) são de importância transcendental e, portanto, não se poderia restringir o pedido ao momento do ajuizamento da ação por um mero formalismo (BRASIL, 2013a, p. 42). Assim sendo, votou pela modulação da decisão de inconstitucionalidade a partir da data de julgamento por razões de segurança jurídica (BRASIL, 2013a, p. 42).

O Ministro Marco Aurélio sustentou que ou a Constituição Federal existe para vigor na integralidade e na concretude apresentada, ou não existe (BRASIL, 2013a, p. 46). E para que ela seja respeitada é preciso que se saiba antecipadamente que seu conteúdo será de observância obrigatória, não podendo ser suplantado por fato consumado. Assim sendo, o Ministro entendeu que modular implicaria em retrocesso inconcebível (BRASIL, 2013a, p. 47).

O Ministro Joaquim Barbosa manifestou a preocupação de que a modulação dos efeitos poderia restaurar a Súmula 394 (determinava que a prerrogativa de função prevalecesse para crime cometido durante o exercício funcional, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após sua cessação) cancelada em 1997 (BRASIL, 2013a, p. 52). Assim sendo, seria necessário esclarecer melhor as consequências da modulação.

Ao final, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Menezes Direito (Relator) e Marco Aurélio, conheceu dos Embargos de Declaração e os acolheu para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tivessem eficácia a partir de 15 de setembro de 2005, preservando-se a validade dos atos processuais que eventualmente tenham sido praticados em ações de improbidade, inquéritos e ações penais, contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro, sem deslocamento da competência para o Supremo Tribunal Federal dos processos que ainda estavam em curso (BRASIL, 2013a, p. 60).

Como foi apontado pelos Embargantes, inúmeros feitos criminais e cíveis tramitaram com a observância das disposições do Código de Processo Penal alteradas pela Lei 10.628/2002, que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação

Direta de Inconstitucionalidade 2797/DF. Assim sendo, a eficácia *ex tunc* da decisão provocaria insegurança em relação a esses processos.

Como já se viu anteriormente<sup>69</sup> a segurança jurídica em relação ao próprio Direito é uma dimensão que trata da criação, derrogação, aplicação e interpretação de normas e ainda de sua preservação ou garantia por meio de procedimentos previamente estabelecidos, incluindo-se as regras de irretroatividade das leis, respeito ao direito adquirido e à coisa julgada.

A coisa julgada se relaciona com as expectativas contidas na segurança jurídica de confiança dos sujeitos acerca da durabilidade da decisão, e ainda de exigência da comunidade jurídica para que, a partir de determinado momento, ocorra o término da dúvida ou da luta pelo Direito no caso concreto. No caso em tela a decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos violaria a coisa julgada decorrente dos feitos criminais e cíveis já encerrados, a confiança acerca da durabilidade dessas decisões e ainda a exigência da comunidade pelo encerramento das dúvidas que causaram a instauração desses processos.

Dessa forma, a modulação para que a decisão somente produzisse efeitos a partir de 15 de setembro de 2005 buscou preservar a validade dos atos processuais que eventualmente tenham sido praticados com observância da lei declarada inconstitucional, respeitando-se a confiança e a tranquilidade dos sujeitos que integram a segurança jurídica.

Não obstante, um dos requisitos da segurança jurídica consiste na justificação formal e material das decisões, não bastando o mero apontamento das razões explicativas que identificam os motivos. É necessário apontar as razões justificadoras e objetivas que possibilitem a compreensão e aceitabilidade da decisão.

Embora não houvesse pedido formulado na petição inicial da ADI ora analisada, é necessário considerar que caso o Tribunal tome conhecimento de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social até o trânsito em julgado, compete a ele aperfeiçoar a prestação jurisdicional modulando os efeitos mesmo em sede de Embargos, como ressaltou o Ministro Ayres Britto. Nesse contexto, as razões apontadas pelos Ministros que votaram a favor da modulação dos efeitos da decisão justificam tal necessidade e possibilitam sua compreensão e aceitabilidade.

---

<sup>69</sup> Nesse sentido, ver o item “2.2.2 A filtragem da justiça”.



Observa-se, portanto, que a modulação temporal no caso em tela decorreu do atendimento a diversos requisitos da segurança jurídica, ultrapassando a formalidade de pedido expresso nesse sentido na petição inicial da ADI, o que à época ainda era questão controversa no Tribunal. Como bem destacou o Ministro Luiz Fux, a própria lei determina que a atuação do Tribunal deve promover o interesse público, o que não pode ser afastado por uma formalidade.

#### **6.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2904 / PR**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2904/PR foi proposta pelo Governador do Estado do Paraná tendo por objeto o art. 1º da Lei Complementar 93 daquele Estado, de 15 de julho de 2002, que deu nova redação às alíneas "a" e "b" do inciso I e ainda aos incisos II e III do art. 176 da Lei Complementar 14/1982, também do Estado do Paraná, trazendo regras específicas para a aposentadoria dos policiais civis.

Argumentou o requerente que as alterações promovidas pela Lei Complementar Estadual 93/2002 violaram a Constituição porque padeciam de vício formal, por ser ela originária de projeto de lei de iniciativa exclusivamente parlamentar. Assim sendo, houve desrespeito à iniciativa privada do Chefe do Poder Executivo para leis que disponham sobre aposentadoria de servidores, nos termos do art. 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea "c", da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2009c, p. 45/46).

As alterações padeceriam ainda de vício material por violarem as disposições constitucionais contidas no art. 40, caput, incisos I, II e III, alíneas "a" e "b" de seu parágrafo 1º, e ainda seu parágrafo 4º (BRASIL, 2009c, p. 46), que tratam do regime de previdência dos servidores de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Relator, Ministro Menezes Direito, afirmou que a constatação do vício formal era suficiente para a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada que, por ser originária de proposição da Assembleia Legislativa, invadiu esfera de iniciativa privativa do Governador do Estado para dispor sobre aposentadoria dos servidores públicos, nos quais se incluem os policiais civis (BRASIL, 2009c, p. 48). A regra do art. 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea "c", da Constituição Federal de 1988 que afirma tal iniciativa como privativa do Chefe

do Poder Executivo é de observância compulsória pelos Estados-membros, por força dos princípios da simetria e da separação de poderes (BRASIL, 2009c, p. 48).

O Relator entendeu ainda que a norma impugnada reduziu em cinco anos a idade para a aposentadoria compulsória (de setenta anos para sessenta e cinco) e também em cinco anos os períodos mínimos de contribuição para a aposentadoria integral (de trinta e cinco anos para trinta anos se homem e de trinta anos para vinte e cinco anos se mulher), além de afastar a exigência de idade mínima para a aposentadoria voluntária (BRASIL, 2009c, p. 50).

Ocorre que entre a promulgação da Lei Complementar Estadual e o julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade já havia se passado mais de seis anos e, assim sendo, provavelmente a maior parte dos servidores preencheriam, na data do julgamento, todos os requisitos constitucionais para a aposentadoria integral caso tivessem permanecido em atividade (BRASIL, 2009c, p. 50).

Considerando-se tais circunstâncias, o Relator julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, atribuindo efeitos *ex nunc* à decisão, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99, a partir da data da sessão de julgamento (BRASIL, 2009c, p. 50).

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o Relator no tocante ao vício formal, mas discordou da modulação argumentando que iria se restringir ao processo objetivo, não dirimindo situações subjetivas e concretas que porventura pudessem ser alcançadas pela norma declarada inconstitucional (BRASIL, 2009c, p. 51). O Ministro afirmou adotar o princípio segundo o qual toda lei editada à margem da Constituição Federal é írrita e, portanto, não seria possível mitigar a eficácia da Constituição (BRASIL, 2009c, p. 52).

O Ministro entendeu ainda que a não declaração de inconstitucionalidade desde o nascedouro pelo Supremo Tribunal Federal estimularia as casas legislativas do Brasil a editarem leis à margem da Constituição Federal para que, com a passagem do tempo, existam situações constituídas que possam ser endossadas – ainda que indiretamente – pelo Tribunal por meio da modulação. Para o Ministro, portanto, a modulação dos efeitos da decisão permitida pelo art. 27 da Lei 9.868/99 mitigaria a Constituição Federal (BRASIL, 2009c, p. 52).

O Ministro Carlos Britto ponderou que os efeitos *ex tunc* fariam com que os já aposentados retornassem à atividade, no que foi completado pela Ministra Carmen Lúcia que ressaltou a possibilidade de os cargos desses aposentados já terem sido providos por concurso

público (BRASIL, 2009c, p. 54). O Ministro Cezar Peluso acrescentou ainda que no caso de efeitos *ex tunc*, os atingidos seriam aposentados em seguida, uma vez que já teriam cumprido o tempo de aposentadoria durante o qual ficaram afastados sem culpa (BRASIL, 2009c, p. 54).

Ao final, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, com efeitos *ex nunc*, vencido nesse ponto o Ministro Marco Aurélio que, julgando-a também procedente, lhe reconhecia apenas efeitos *ex tunc* (BRASIL, 2009c, p. 56).

No caso em tela o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma maculada de vício formal respeitou a segurança jurídica, pois era clara a inobservância do procedimento previamente delimitado do processo legislativo. Entretanto, a atribuição de efeitos retroativos à decisão seria causa de insegurança jurídica por provocar instabilidade das disposições jurídicas e exigir dos afetados uma mudança de vida, já que teriam que retornar ao trabalho.

A segurança jurídica envolve a previsibilidade e, conseqüentemente, a possibilidade de que cada indivíduo planeje sua vida com base em seus direitos e deveres legalmente atribuídos. A instabilidade legislativa exige dos destinatários uma atenção permanente às mudanças no ordenamento jurídico, podendo causar mudanças bruscas em projetos pessoais. Nesse contexto, não há ausência de temor ou existência de certeza e tranquilidade, o que viola a segurança jurídica em relação à sociedade.

Dessa forma, ao modular os efeitos da decisão, o Tribunal não mitigou a Constituição Federal como sustentou o Ministro Marco Aurélio. Ao contrário, o Tribunal a respeitou por declarar inconstitucional a norma maculada de vício formal, mas também garantiu a segurança jurídica constitucionalmente prevista ao proporcionar estabilidade às relações, preservar a confiança e possibilitar a consolidação do planejamento individual dos sujeitos realizados de boa-fé.

## **6.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3022/RS**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3022/RS foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, a pedido da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo por objeto o art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que garantia ao

servidor público processado civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções, o direito à assistência judiciária do Estado, e ainda a alínea "a" do Anexo II da Lei Complementar gaúcha 10.194, de 30 de maio de 1994, que atribuiu ao defensor público estadual a função de assistir judicialmente os servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais (BRASIL, 2005, p. 191/192).

Sustentou o requerente que houve violação do art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134, caput, ambos da Constituição Federal, uma vez que esses dispositivos restringem a atribuição da Defensoria Pública de assistência jurídica integral apenas aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 2005, p. 192).

Em seu voto o Ministro Joaquim Barbosa, Relator da ADI, sustentou que na dimensão objetiva do direito fundamental à assistência jurídica prevista no art. 5º da Constituição Federal de 1988 está a exigibilidade de um padrão de organização das Defensorias Públicas para melhor atender a esse direito (BRASIL, 2005, p. 196). Para o Relator a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul não atribuiu expressamente à Defensoria Pública a defesa de servidores processados civil ou criminalmente por atos relacionados ao exercício de cargo público, mas assegurou assistência judiciária do Estado aos servidores, o que prolongou implicitamente as atribuições da Defensoria estadual, extrapolando o modelo institucional preconizado pelo Constituinte de 1988, e ainda desnaturando a missão constitucionalmente atribuída ao órgão (BRASIL, 2005, p. 197/198).

No tocante à modulação, o Relator afirmou que a gravidade dos eventuais prejuízos decorrentes da nulidade *ex tunc* da norma era imprevisível, mas avaliável (BRASIL, 2005, p. 201). Assim sendo, o Ministro julgou procedente a ação, modulando a decisão para que a declaração de inconstitucionalidade somente produzisse efeitos a partir de 31/12/2004 (BRASIL, 2005, p. 202).

Por sugestão do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, os dois dispositivos impugnados foram analisados separadamente por terem certa autonomia (BRASIL, 2005, p. 203). Analisando inicialmente o art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, o Ministro Gilmar Mendes afirmou ser extremamente razoável que o Estado protegesse seu servidor (BRASIL, 2005, p. 204).

O Ministro Cezar Peluso entendeu que a norma pressupõe que a Administração irá avaliar se o funcionário exerceu regularmente suas funções, sendo que a assistência somente seria prestada se a ação fosse reputada como regular (BRASIL, 2005, p. 204/205). Essa assistência seria reforço da tutela da regularidade do ato praticado e atribuído ao Estado, ou seja, trata-se de defesa do Estado do ato que é seu. Ainda segundo o Ministro, a norma ora analisada não atribuía essa função à Defensoria Pública (BRASIL, 2005, p. 205).

Iniciando-se a análise do segundo dispositivo impugnado, qual seja, a alínea "a" do Anexo II da Lei Complementar gaúcha 10.194/1994, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou que a Lei Complementar estadual desfigurou o modelo de atuação da Defensoria Pública visado pela Constituição Federal de 1988, pois não cuidou de pessoa necessitada e carente de recursos materiais e sim de todo e qualquer servidor público, indistintamente, desde que no exercício regular de seu cargo (BRASIL, 2005, p. 213).

O Ministro Marco Aurélio entendeu que a atribuição de mais esse ônus à Defensoria Pública – que já não estava sequer estruturada para atender aos hipossuficientes – seria algo conflitante com os objetivos da instituição (BRASIL, 2005, p. 214).

O Ministro Joaquim Barbosa, Relator da ADI, decidiu ratificar seu voto para julgar constitucional o art. 45, entendendo que a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar teria o condão de neutralizá-lo na prática (BRASIL, 2005, p. 220). Iniciou-se então a discussão acerca da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em relação ao Anexo II da Lei Complementar, nos termos do voto do Relator, que propôs a eficácia a partir do transcurso do prazo de recursos que eventualmente estivesse fluindo quando da publicação da decisão no Diário Oficial (BRASIL, 2005, p. 221).

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que não dispunha de dados de casos que estivessem sendo acompanhados pela Defensoria e, assim sendo, mesmo a declaração de inconstitucionalidade com efeitos a partir da publicação poderia produzir déficit de proteção e representação judicial (BRASIL, 2005, p. 222). O Ministro propôs então a manutenção do vigor da lei até o final do ano, dando tempo ao legislador gaúcho para disciplinar a matéria adequadamente (BRASIL, 2005, p. 223).

O Ministro Marco Aurélio entendeu não haver atendimento a qualquer das premissas do art. 27 da Lei 9.868/99, não se cogitando de segurança jurídica e nem de excepcional interesse social. Dessa forma, declarou simplesmente inconstitucional a norma impugnada

(BRASIL, 2005, p. 225). O Ministro Eros Grau também simplesmente declarou inconstitucional o ato atacado, não considerando os efeitos *ex tunc* (BRASIL, 2005, p. 226).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou improcedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação ao art. 45 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul e, também por unanimidade, julgou inconstitucional a alínea "a" do Anexo II da Lei Complementar gaúcha 10.194/1994, do Estado do Rio Grande do Sul, atribuindo efeito à decisão a partir do dia 31 de dezembro de 2004, vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau que não atribuíam este efeito (BRASIL, 2005, p. 227).

A segurança jurídica exige um maior esforço do operador do Direito para responder ao problema que lhe convocou, pois o Direito deve ser entendido como um conjunto de princípios e normas a serem explicadas criticamente<sup>70</sup>. A visão sistemática do Direito também consiste em requisito da segurança jurídica, devendo o operador reconstruir ou reformular sistematicamente o conjunto de normas e princípios do Direito para que este seja coerente, hierárquico, econômico e suficientemente pleno para se evitar contradições. Como bem sustentou o Ministro Joaquim Barbosa e também o Ministro Carlos Ayres Britto, a atribuição da função de defesa dos servidores públicos à Defensoria Pública desvirtua a finalidade constitucional da instituição, pois a lei impugnada não utilizou o critério da hipossuficiência estabelecido constitucionalmente.

Lado outro, os efeitos *ex tunc* poderiam causar déficit de representação judicial como apontou o Ministro Gilmar Mendes e daí decorre a necessidade de se modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pois o acesso fácil aos juízes e ainda a possibilidade de defender pretensões perante eles são requisitos da segurança jurídica. Assim sendo, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no caso em tela era essencial à segurança jurídica.

## **6.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3430/ES**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3438/ES foi proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo,

---

<sup>70</sup> Nesse sentido, ver item “2.2.2 A filtragem da justiça”.

que dispôs sobre a contratação de servidores em caráter temporário. A lei impugnada autorizou o Poder Executivo a celebrar contrato administrativo de prestação de serviço com particulares por doze meses, podendo ser prorrogado por igual prazo, para atender à necessidade de excepcional interesse público no sistema constituído pela Secretaria de Estado da Saúde e pelo Instituto Estadual de Saúde Pública (BRASIL, 2009d, p. 260).

Determinou-se ainda a equiparação dos vencimentos dos contratados aos dos servidores efetivos, mediante processo de seleção simplificado, inclusive quanto aos demais benefícios por eles auferidos, como 13º salário, indenização, adicional de férias, entre outros. Também se estabeleceu que os contratados fossem segurados no Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2009d, p. 260).

O requerente sustentou que a Lei Complementar impugnada afrontava o disposto no art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal de 1988, porque: a) não especificou as hipóteses de excepcional interesse público que reclamariam a celebração de contratos com particulares para a admissão de servidores em caráter temporário, possibilitando ao Chefe do Poder Executivo fazer a declaração correspondente no momento da contratação; b) buscou atender às necessidades permanentes da Administração, contrariando o texto constitucional segundo o qual a contratação temporária somente deve ocorrer em situações emergenciais e temporárias que exigem satisfação imediata, cujo atendimento se mostra incompatível com o regime normal do concurso público; e c) não se configurou o interesse excepcional que autoriza as contratações temporárias previstas no texto legal impugnado (BRASIL, 2009d, p. 261).

O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que a dispensa de concurso público para a contratação de servidores configura medida extrema admitida somente em situações excepcionais que não podem ser antecipadas, pois se pudessem ser previstas a Administração Pública teria o dever de tomar todas as providências ao seu alcance para evitá-las ou, na pior das hipóteses, remediá-las, tendo em conta especialmente o princípio da precaução (BRASIL, 2009d, p. 267). Ao legislador local cumpre estabelecer os limites e condições para a contratação temporária, entretanto a questão em debate não se referia à inconstitucionalidade formal e sim material do diploma impugnado (BRASIL, 2009d, p. 268/269).

Segundo o Relator se o serviço público é de caráter essencial e permanente – como aquele que era objeto da Lei impugnada – ele somente pode ser prestado por servidores

admitidos em caráter efetivo, mediante concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2009d, p. 272). A Lei Complementar 300/2004 impugnada regulou a contratação temporária de profissionais da área da saúde, que consiste em atividade essencial de índole permanente e, por isso, sua inconstitucionalidade era patente (BRASIL, 2009d, p. 272/273).

Adentrando os efeitos da declaração da inconstitucionalidade, o Relator apontou que o texto legal impugnado foi promulgado em 2004, sendo que seus efeitos foram prorrogados pela Lei Complementar 378/2006. A partir de sua edição múltiplas contratações de pessoal foram efetivadas e seria iníquo que os contratados ou os próprios contratantes tivessem que repor aos cofres públicos as importâncias recebidas pelos serviços por eles prestados à coletividade (BRASIL, 2009d, p. 273/274). Assim sendo, haveria a necessidade de se modular os efeitos da decisão para que ela não atingisse fatos pretéritos constituídos à sombra de uma Lei Complementar que, até então, era presumidamente constitucional (BRASIL, 2009d, p. 274).

Dessa forma, o Relator julgou procedente a Ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo, modulando os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para que ela tivesse eficácia a partir de sessenta dias da data de sua comunicação ao Governador e à Assembleia Legislativa, tendo em conta a situação excepcional pela qual passava o País, em virtude do surto da denominada "gripe suína" (BRASIL, 2009d, p. 274).

Manifestando a preocupação de que a declaração de inconstitucionalidade deixasse o Estado do Espírito Santo sem a lei prevista no art. 37 da Constituição Federal de 1988 que viabilizava contratações temporárias (BRASIL, 2009d, p. 275), a Ministra Carmen Lúcia propôs a interpretação conforme a Constituição para salvaguardar a possibilidade de contratação em função da demanda excepcional nos postos de saúde e hospitais (BRASIL, 2009d, p. 281).

O Ministro Cezar Peluso ressaltou que a Lei impugnada remete a um anexo complementar que inclui cargos de natureza permanente que não têm caráter de urgência (BRASIL, 2009d, p. 282). Já o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu se tratar de instrumento para evitar concurso público, pois em situações de emergência é possível a contratação de terceirizados baixando-se, se necessário, um decreto de calamidade pública (BRASIL, 2009d, p. 287). Segundo o Ministro, decretada essa excepcionalidade por um ato



formal do Governador, é possível a dispensa de licitação, a contratação sem concurso, entre outros meios. Assim sendo, não se justificaria manter a vigência da Lei impugnada que era flagrantemente inconstitucional para poder superar o fato superveniente da pandemia da "gripe suína" (BRASIL, 2009d, p. 290/291).

O Ministro Marco Aurélio afirmou que o caos na saúde pública existe há anos e que a Lei de 2004 impugnada envolvia contratação temporária fora das balizas constitucionais. Assim sendo, a manutenção da Lei impugnada seria flexibilização da Constituição Federal que deixaria de ser rígida, estimulando o desrespeito a ela (BRASIL, 2009d, p. 291/292). O Ministro Eros Grau, por sua vez, entendeu que a pandemia não deveria ser pretexto para justificar a inconstitucionalidade flagrante existente na Lei impugnada (BRASIL, 2009d, p. 293).

Discutindo a modulação de efeitos, o Ministro Cezar Peluso entendeu que a proposta do prazo de seis meses sugerida pelo Relator seria demasiadamente grande. Assim sendo, sugeriu que se acrescentasse à declaração de inconstitucionalidade a especificidade de que na crise da pandemia da "gripe suína" o Poder Executivo poderia contratar pessoal para atender a tal emergência, no prazo de até sessenta dias, durante o qual o Chefe do Poder Executivo teria que providenciar a edição de lei que atendesse ao art. 37, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 2009d, p. 298/299). Para o Ministro esta seria uma interpretação restrita porque abrangeria somente a situação da pandemia, e ainda temporária porque somente valeria até o prazo fixado (BRASIL, 2009d, p. 302).

O Ministro Marco Aurélio entendeu que a Lei impugnada era "escancaradamente inconstitucional" e implicou em arregimentação de mão de obra com desprezo ao princípio da universalidade revelado pelo concurso público por estar em vigor há mais de cinco anos. A manutenção da Lei impugnada não melhoraria a saúde e serviria ainda de estímulo para que outras viessem pelo mesmo caminho, havendo favorecidos quanto à contratação nesta espécie de arregimentação (BRASIL, 2009d, p. 305).

Ainda segundo o Ministro, haveria caos na saúde pública brasileira e isso não poderia ser desconsiderado, mas a permanência da Lei impugnada no cenário jurídico-constitucional não iria contribuir para a melhoria da situação e significaria mais um passo para o abandono dos princípios que interessam à coletividade e, principalmente, aos menos afortunados. Assim sendo, simplesmente declarou a inconstitucionalidade da Lei, sem adentrar o campo da modulação (BRASIL, 2009d, p. 306).

O Supremo Tribunal Federal então, por unanimidade, julgou procedente a Ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo e, por maioria, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, modulou os efeitos da decisão a partir de sua comunicação, tendo em vista a situação excepcional pela qual passava o País, em virtude do surto da "gripe suína", vencido o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2009d, p. 309).

Analisando-se o caso em tela constata-se a inconstitucionalidade da Lei impugnada que não cumpriu os requisitos da contratação temporária, desrespeitando a imposição constitucional de realização de concurso público. Entretanto, a modulação dos efeitos da decisão não coadunou com a segurança jurídica, pois havia alternativa para a solução da questão: a decretação de calamidade pública, como bem apontou o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski.

Como também ressaltou o Relator, caso se conferisse à decisão os efeitos *ex tunc*, surgiriam problemas em relação aos atos já praticados em observância da Lei desde a sua edição em 2004. Entretanto, o efeito prospectivo não se justifica no caso, pois apesar da situação de pandemia de “gripe suína” existente no País à época do julgamento, a contratação temporária poderia se dar independentemente da manutenção da vigência da Lei pelos sessenta dias determinados pelo Supremo Tribunal Federal. Bastava convalidar os atos já praticados, declarando a inconstitucionalidade a partir da publicação da decisão, pois ainda seria permitido ao Governador contratar temporariamente profissionais para atender à situação de calamidade pública e ainda providenciar, com certa tranquilidade, a edição de lei que atendesse ao disposto no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

O sistema do Direito possui mecanismos de resposta para situações emergenciais e, assim sendo, a manutenção da vigência de lei "enlouquecidamente inconstitucional" como afirmou o Ministro Carlos Britto (BRASIL, 2009d, p. 297) não configuraria hipótese de excepcionalidade apta a justificar a modulação realizada. Como já visto<sup>71</sup> a visão sistemática do Direito é requisito da segurança jurídica, devendo o operador do Direito evitar contradições. A existência do sistema produz segurança jurídica e não há segurança jurídica que se possa conceber à margem do sistema. A modulação realizada não respeitou a visão sistemática do Direito, pois foi atitude desnecessária em função da existência de alternativa.

---

<sup>71</sup> Nesse sentido, ver item “2.2.2 A filtragem da justiça”.

Dessa forma, prolongou-se a vida de ato inconstitucional sem respeitar a excepcionalidade do cabimento da modulação, o que é causa de insegurança jurídica.

Há que se considerar ainda – como sustentou o Ministro Marco Aurélio – que não se pode afirmar que a modulação realizada pelo Supremo Tribunal no caso em tela, de fato, promoveu melhorias na saúde do País. O que se sabe é que, em virtude do surto de “gripe suína”, mantiveram-se por mais sessenta dias (tempo da modulação) as contratações realizadas à margem dos preceitos constitucionais, ignorando não apenas as disposições sobre concurso público, mas também as disposições relativas às situações de calamidade pública.

A primeira irregularidade (contratações inconstitucionais) foi devidamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar do Estado do Espírito Santo. A segunda irregularidade (violação das disposições constitucionais sobre calamidade pública), entretanto, foi ratificada pelo Tribunal por meio da modulação temporal. Dessa forma, a modulação dos efeitos da decisão no caso em tela se apresentou na contramão da segurança jurídica.

### **6.7 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3615/PB**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3615 foi proposta pelo Partido da Frente Liberal, tendo por objeto o art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba que conferiu novos limites geográficos ao Município do Conde. Sustentou o requerente que a alteração territorial não atendeu aos requisitos inafastáveis da edição de lei estadual com prévia consulta mediante plebiscito das populações das localidades envolvidas, conforme prevê o art. 18, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007b, p. 146). Segundo o requerente, a alteração geográfica ocorrida afetou a linha divisória entre os Municípios do Conde e de Alhandra, trazendo inúmeros prejuízos para a população e para as finanças da segunda municipalidade (BRASIL, 2007b, p. 146).

A Relatora Ministra Ellen Gracie afirmou que após o ajuizamento da ação em 22/11/2005 não houve alteração superveniente do parâmetro constitucional, ou seja, o requerente indicou a violação do atual texto do art. 18, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007b, p. 151). Ressaltou ainda que as exigências de consulta prévia e de

edição de lei estadual para o desmembramento de município já existiam no texto primitivo e permaneceram inalteradas após a edição da Emenda Constitucional 15/1996 (BRASIL, 2007b, p. 152).

Para a Relatora não havia dúvida de que o art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias paraibano redefiniu os limites territoriais do Município do Conde, representando desmembramento de parte de seu vizinho contíguo, o Município de Alhandra, sem a necessária e prévia consulta plebiscitária das populações envolvidas, violando assim o art. 18, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007b, p. 153).

Dessa forma, a Ministra julgou procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade da norma impugnada. Aplicou ainda à decisão os efeitos *ex nunc* por entender que a norma atacada foi promulgada em outubro de 1989 e, desde então, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo que, sob pena de ofensa à segurança jurídica, não poderiam ser desconsideradas desde a sua origem (BRASIL, 2007b, p. 154/155).

O Ministro Eros Grau entendeu que em casos como este é preciso perquirir se existem situações jurídicas e fáticas consolidadas, devendo-se ponderar as consequências perniciosas que podem advir de eventual declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, não podendo se desconsiderar o princípio da segurança jurídica (BRASIL, 2007b, p. 158).

Porém, no caso em tela, o Ministro entendeu que os novos limites territoriais do Município de Conde não se consolidaram no mundo fático e, portanto, não produziram efeitos irreversíveis (BRASIL, 2007b, p. 160). O que existia era um manifesto conflito entre os Municípios de Alhandra e Conde quanto à definição de seus limites territoriais e, assim sendo, a declaração da inconstitucionalidade do art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais da Constituição do Estado da Paraíba militava em prol da segurança jurídica, contribuindo para a superação de incertezas (BRASIL, 2007b, p. 160/161).

O Ministro Joaquim Barbosa afirmou que se o ato de fusão entre os municípios ainda não tivesse se concretizado, não haveria razão para se conceder efeitos *ex nunc*, entretanto o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a fusão já havia se concretizado (BRASIL, 2007b, p. 165).

A Ministra Ellen Gracie então esclareceu que a fusão já havia se concretizado em parte menor e que o efeito mais sério aconteceria com a decisão da Ação em questão. Porém, o Ministro Carlos Britto afirmou que era evidente que já existiam efeitos (BRASIL, 2007b, p. 165) e foi complementado pelo Ministro Gilmar Mendes que enumerou alguns deles, como a criação do município, realização de eleições, edição de leis e cobranças de imposto sobre propriedade territorial urbana (BRASIL, 2007b, p. 168).

O Ministro Joaquim Barbosa votou de forma restrita para preservar as relações jurídicas praticadas até a data da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado (BRASIL, 2007b, p. 168). Já o Ministro Marco Aurélio entendeu que nos dezesseis anos de existência da vida municipal ocorreram várias implicações, principalmente tributárias e, por isso, era necessária a eficácia a partir do momento da publicação da decisão (BRASIL, 2007b, p. 169).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade declarando a inconstitucionalidade do art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba, e concedeu efeitos *ex nunc* à decisão (BRASIL, 2007b, p. 170).

A segurança jurídica exige que as normas jurídicas sejam dotadas de eficácia, pois elas consistem em modelo de conduta<sup>72</sup>. Assim sendo, o desrespeito das regras constitucionais para fusão de municípios ocorrido no caso em tela impõem o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma impugnada. Lado outro, a estabilidade das disposições jurídicas também é requisito da segurança jurídica e, portanto, há necessidade de se preservar as situações consolidadas até o momento da declaração de inconstitucionalidade.

Convém ressaltar ainda que o reconhecimento dos direitos adquiridos no Estado de Direito não exige apenas condições formais de validade, pois é necessário que condições de justiça como a boa-fé e a ausência de dolo também sejam atendidas. No caso em tela esses requisitos de justiça não foram atendidos pelo legislador estadual, pois ele estava ciente da irregularidade da alteração territorial do município, uma vez que os requisitos por ele ignorados já existiam anteriormente à alteração das disposições constitucionais sobre criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios feita pela Emenda Constitucional 15/1996.

---

<sup>72</sup> Nesse sentido, ver item “2.2.2 A filtragem da justiça”.

Entretanto, a população não pode ser prejudicada pela conduta errônea do legislador, pois ela não agiu com dolo e sim de boa-fé. Dessa forma, ao não prolongar a vigência da norma impugnada declarando sua inconstitucionalidade e também preservar as situações jurídicas já consolidadas por meio do efeito *ex nunc*, o Tribunal atendeu aos requisitos da segurança jurídica.

### **6.8 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3360/MS**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3660 foi proposta pelo Procurador-Geral da República tendo por objeto a "Tabela J" da Lei 1.936, de 21 de dezembro de 1998, do Estado do Mato Grosso do Sul, tanto em sua redação então vigente dada pela Lei 3.002, de 07 de junho de 2005, quanto em sua redação original. Referida norma determinava que o produto da arrecadação das custas cobradas na prestação dos serviços judiciários pelo Poder Judiciário estadual fosse destinado a certas entidades privadas no âmbito daquele Estado (Associações dos Magistrados e do Ministério Público, Caixa de Assistência dos Advogados, Sindicatos de Servidores do Judiciário, de Defensores Públicos, de Delegados de Política, entre outras).

Sustentou o requerente que os dispositivos impugnados violavam o art. 5º, caput, o art. 98, parágrafo 2º e o art. 145, inciso II, todos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2008a, p. 49). Segundo o requerente as custas judiciais possuem natureza tributária sendo qualificadas como taxas e, portanto, sua destinação à pessoas jurídicas de direito privado como previsto na "Tabela J" desvirtuaria sua função constitucional, uma vez que as taxas têm por finalidade o custeio de atividades diversas daquelas que justificavam a sua instituição no caso em tela (BRASIL, 2008a, p. 50).

Posteriormente, o Procurador-Geral da República requereu o aditamento ao pedido inicial para que fosse declarada também a inconstitucionalidade do art. 53 e da "Tabela V" da Lei 1.135, de 15 de abril de 1991, do Estado do Mato Grosso do Sul, no intuito de evitar o efeito repristinatório desses dispositivos (BRASIL, 2008a, p. 51).

O Relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que no caso em tela havia afronta ao princípio da isonomia previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, e ainda o desvirtuamento da destinação constitucionalmente prevista para as taxas, nos termos do art.

145, inciso II também da Constituição (BRASIL, 2008a, p. 63). Ressaltou ainda que a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou o parágrafo 2º ao art. 98 da Constituição, determinando que as custas e emolumentos fossem destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (BRASIL, 2008a, p. 65).

Assim sendo, o Relator julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da "Tabela J" constante do anexo da Lei 1.936/1998 do Estado do Mato Grosso do Sul, tanto em sua redação então vigente quanto em sua redação original, bem como o art. 53 e da "Tabela V" da Lei 1.135/1991, também do Estado do Mato Grosso do Sul (BRASIL, 2008a, p. 65/66). Atribuiu-se à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional 45/2004, tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social (BRASIL, 2008a, p. 66).

O Ministro Carlos Britto entendeu que o tipo de destinação discutida no caso era estranha aos órgãos do Poder Judiciário e terminava por comprometer, quando não frustrar, a autonomia financeira desse Poder consagrada no art. 99 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2008a, p. 69). Já o Ministro Marco Aurélio entendeu haver desvirtuamento flagrante do tributo cobrado (BRASIL, 2008a, p. 71) e afirmou que em casos flagrantes de conflito da norma com a Constituição Federal não caberia a modulação, pois ela deveria ser reservada à situações especiais de repercussão maior no campo social (BRASIL, 2008a, p. 74).

O Ministro Gilmar Mendes, Relator do caso, ressaltou que o problema seria o ajuizamento de ações para que as entidades devolvessem aquilo que receberam. Essa situação colocaria em xeque o patrimônio dessas entidades, causando insegurança jurídica (BRASIL, 2008a, p. 75/76).

O Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que antes da Emenda Constitucional 45/2004 a repetição de indébito era impossível, pois quem pagou foi o usuário e não havia nenhum título para somá-lo ao recolhido ao Poder Judiciário e aos notários. Entretanto, a partir da Emenda Constitucional havia um novo titular e um novo direito subjetivo, motivo pelo qual a eficácia da decisão de inconstitucionalidade deveria ser a partir da Emenda Constitucional 45/2004 (BRASIL, 2008a, p. 79). Isso porque referida Emenda acrescentou o parágrafo 2º ao art. 98 da Constituição Federal de 1988 – que é um dos fundamentos da presente ADI –, determinando que as custas e emolumentos sejam destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Ao final o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade e, por maioria, atribuiu à decisão efeitos a partir da Emenda Constitucional 45/2004, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que aplicavam efeitos “*ex tunc*” à decisão (BRASIL, 2008a, p. 85/86).

Analisando-se o caso em tela percebe-se que a destinação das custas judiciais à entidades privadas desvirtuava a finalidade constitucional das taxas e, assim sendo, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei impugnada era imperioso. Entretanto, a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* iria provocar a devolução dos valores recebidos há anos pelas entidades. Essa situação, como bem ressaltou o Relator Ministro Gilmar Mendes, seria causa de insegurança jurídica por colocar em xeque o patrimônio dessas entidades.

Embora as possíveis consequências patrimoniais para um grupo específico de entidades não pareça ser – ao menos a princípio – razão suficiente para justificar a excepcionalidade da atribuição de efeito *ex nunc* à decisão, é necessário considerar que as entidades afetadas não poderiam ser responsabilizadas pela impropriedade do Legislador estadual. Além disso, considerando-se o longo tempo no qual vigorou a repartição de receitas, talvez não fosse possível que as entidades efetivamente devolvessem o que receberam.

Entretanto, o principal argumento justificador da modulação temporal adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi o apontado pelo Ministro Sepúlveda Pertence acerca das alterações decorrentes da Emenda Constitucional 45/2004: se anteriormente à Emenda a repartição dos valores não violava a Constituição Federal, o desfazimento dessas situações jurídicas corretamente consolidadas seria inconstitucional. A preservação dessas situações decorre da necessidade de estabilidade do Direito e da confiança daqueles que agiram conforme as determinações legais, sendo ambas elas requisitos da segurança jurídica.

Assim sendo, o Tribunal não modulou os efeitos da decisão simplesmente para proporcionar segurança jurídica patrimonial às entidades afetadas, pois esse argumento é secundário ao fato de que os valores recebidos por essas entidades era constitucionalmente amparado antes do ano de 2004. Após referido ano, entretanto, a percepção desses valores é claramente inconstitucional, o que fundamentou a declaração da inconstitucionalidade da lei impugnada.



Assim sendo, ao preservar o período no qual a repartição dos valores era constitucional por meio da modulação dos efeitos da decisão, o Tribunal respeitou a segurança jurídica em relação ao próprio Direito, uma vez que essa dimensão interna determina a obediência aos procedimentos previamente estabelecidos para a criação e derrogação de normas, para sua aplicação e para sua interpretação.

## **6.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3819/MG**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3819 foi proposta pelo Procurador-Geral da República tendo por objeto: a) art. 140, caput e parágrafo único e ainda art. 141, ambos da Lei Complementar 65, de 16 de janeiro de 2003; b) art. 55, caput e parágrafo único, da Lei 15.788, de 27 de outubro de 2005; e c) art. 135, caput e parágrafo 2º, da Lei 15961, de 30 de dezembro de 2005, todas do Estado de Minas Gerais.

O requerente sustentou haver violação do art. 37, inciso II, e art. 134, parágrafo primeiro, ambos da Constituição Federal de 1988, pois os dispositivos impugnados transpuseram servidores investidos na função de Defensor Público e de Assistentes Jurídicos de Penitenciária para a carreira de Defensor Público Estadual, que possuía remuneração e atribuições próprias (BRASIL, 2008b, p. 360). Esse mesmo benefício foi estendido ainda aos Analistas de Justiça em exercício de cargo em comissão, no âmbito da Secretaria de Estado de Defesa Social (BRASIL, 2008b, p. 360/361).

Segundo o requerente, a transposição de cargos é forma de provimento derivada não admitida pela Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o concurso público como única forma de acesso a cargos e empregos públicos, salvo nos casos das exceções contidas também no texto constitucional (BRASIL, 2008b, p. 361).

O Relator, Ministro Eros Grau, entendeu que a autonomia que permite às entidades estatais organizarem seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais estipuladas na Constituição Federal, que são de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta em todas as suas esferas. Assim sendo, ainda que exista necessidade imperiosa e urgente de se dar efetividade ao direito de amplo acesso à justiça, a

violação de preceitos constitucionais sob o pretexto da defesa do interesse público é inconcebível (BRASIL, 2008b, p. 368/369).

Em meio às discussões sobre a inconstitucionalidade e ainda sobre a possibilidade de dar aos dispositivos impugnados interpretação conforme a Constituição, os Ministros também trataram do cabimento da modulação dos efeitos da decisão. O Ministro Eros Grau entendeu se tratar de hipótese de modulação em função dos prejuízos de ordem social que os efeitos *ex tunc* poderiam causar ao afastar alguns dos então Defensores Públicos de seus cargos na Defensoria de Minas Gerais que, para o Ministro, já atuava de modo precário (BRASIL, 2008b, p. 396). Entretanto, posteriormente, o Ministro refez sua proposta de modulação para que o prazo fosse de seis meses, entendendo ser este um padrão médio de consenso no Tribunal (BRASIL, 2008b, p. 489).

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados agravava a situação de inconstitucionalidade (BRASIL, 2008b, p. 408) e que estavam presentes os elementos de segurança jurídica e de interesse social, tendo em vista a finalidade da Defensoria Pública (BRASIL, 2008b, p. 446).

O Ministro Joaquim Barbosa entendeu que a modulação significaria suspensão da regra constitucional do concurso público especificamente para os servidores transpostos. Para o Ministro a falta de Defensores poderia ser suprida por meio de contratação temporária (BRASIL, 2008b, p. 408) ou ainda pela nomeação dos aprovados no último concurso que aguardavam nomeação (BRASIL, 2008b, p. 435).

O Ministro Cezar Peluso afirmou que uma vez reconhecido o caráter de urgência, o Estado estava autorizado a agir segundo a Constituição e manutenção dos servidores pela modulação, por sua vez, seria medida inconstitucional (BRASIL, 2008b, p. 409). Para o Ministro bastava determinar que em trinta dias o Defensor-Geral providenciasse a nomeação dos candidatos já aprovados (BRASIL, 2008b, p. 466), entretanto foi contestado pelo Ministro Carlos Britto que afirmou não caber ao Supremo Tribunal Federal mandar abrir concurso ou nomear concursado (BRASIL, 2008b, p. 470).

O Ministro Marco Aurélio votou pela modulação por vinte e quatro meses para viabilizar a feitura de um novo concurso, considerando-se a insuficiência numérica de aprovados no último concurso (BRASIL, 2008b, p. 503).

Ao final o Tribunal, por maioria, julgou improcedente<sup>73</sup> a ADI para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, vencidos em parte os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Também por maioria, decidiu que a declaração teria eficácia a partir de seis meses a contar da decisão, vencido neste ponto o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2008b, p. 508).

No caso em tela verifica-se o desrespeito à necessidade de concurso público para o provimento do cargo de Defensor Público e, assim sendo, a manutenção desses servidores é inconstitucional. A dimensão da segurança jurídica em relação ao poder<sup>74</sup> exige o respeito aos limites do Direito, no qual se incluem os procedimentos e garantias que se aplicam ao provimento de cargos por concurso público, como é o caso da Defensoria Pública. Trata-se do requisito de correção funcional, ou seja, do cumprimento do Direito, especialmente pelos órgãos encarregados de sua aplicação, que é exigência objetiva da segurança jurídica.

Portanto, em função do provimento dos Defensores Públicos em Minas Gerais à margem da lei, no caso em tela a segurança jurídica exige a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado. O tradicional efeito *ex tunc*, porém, invalidaria os atos praticados anteriormente à decisão, o que causaria caos jurídico por violar a dimensão da segurança jurídica em relação ao próprio Direito. Assim sendo, resta configurada a necessidade de modulação dos efeitos da decisão.

Na modulação, entretanto, deveria se aplicar o efeito *ex nunc* a partir da decisão – e não por seis meses contados da decisão como fez o Tribunal –, pois existiam alternativas para suprir a deficiência da Defensoria, como apontou o Ministro Joaquim Barbosa. O Estado é constitucionalmente autorizado a agir em caso de urgência para suprir a falta de Defensores. Para o caso em tela, existem as possibilidades de contratação temporária, da prestação do serviço por advogados dativos ou ainda da nomeação de Defensores aprovados no último concurso realizado, o que significaria simplesmente dar andamento ao concurso ainda em vigência. Assim sendo, não se verifica a necessidade de se prolongar, por seis meses, as nomeações realizadas de forma inconstitucional.

---

<sup>73</sup> Convém ressaltar que diversas outras situações foram discutidas nessa ADI, mas em função do objeto de estudo ser a modulação temporal de efeitos em decisões de inconstitucionalidade optou-se por não se adentrar a esses aspectos. Aponta-se apenas que o Tribunal reajustou sua decisão em diversas oportunidades, sendo que as duas primeiras decisões contemplavam situações de interpretação conforme a Constituição, inconstitucionalidade de alguns dispositivos e ainda constitucionalidade de outros. Entretanto, na terceira e última decisão, o Tribunal terminou por julgar procedente a ADI nos termos explicados no presente trabalho.

<sup>74</sup> Nesse sentido, ver item “2.2.2 A filtragem da justiça”.

A excepcionalidade justificadora da modulação temporal do caso existe e foi devidamente reconhecida pelo Tribunal, que descartou a aplicação dos tradicionais efeitos retroativos. O desrespeito à segurança jurídica, entretanto, decorreu da forma pela qual o Tribunal realizou a modulação.

A concessão de efeitos *ex nunc* a partir da decisão teria o condão de obrigar o Estado de Minas Gerais a cumprir os preceitos constitucionais reguladores das situações de urgência para suprir a deficiência de sua Defensoria. E, para tanto, não seria necessário que a decisão assim o determinasse expressamente, pois a própria situação fática iria provocar a movimentação do Estado.

Entretanto, sem justificar sua opção, o Tribunal prolongou por mais seis meses a situação inconstitucional dos Defensores nomeados à margem da lei, e desprezou o cumprimento das disposições legais sobre situações de urgência. A legitimidade e a eficácia das decisões judiciais dependem de sua justificação formal e material e, assim sendo, o Tribunal descumpriu referido requisito da segurança jurídica por não apontar as razões materiais justificadoras da forma pela qual a modulação foi realizada.

#### **6.10 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029/DF**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029 foi proposta pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis tendo como objeto a Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, que dispôs sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Referida lei resultou da conversão da Medida Provisória nº 366 que, segundo o requerente, era maculada de inconstitucionalidade formal porque: a) não foi examinada pela comissão mista de Deputados e Senadores de que trata o art. 62, parágrafo 9º, da Constituição Federal de 1988; e b) não atendeu aos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, caput, também da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2012, p. 06/07).

Haveria ainda inconstitucionalidade material porque: a) a criação do Instituto enfraqueceria a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, violando o art. 225, caput e parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, por fragmentar a gestão ambiental

integrada, fracionando e reduzindo o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente; b) a criação de nova autarquia desnecessária viola o princípio da proporcionalidade; e c) a criação do instituto resultou em aumento de gasto público sem melhorar a proteção ambiental, violando o princípio da eficiência (BRASIL, 2012, p. 07).

O Relator, Ministro Luiz Fux, entendeu que em função da ausência de *quorum* da Comissão Mista para a votação da Medida Provisória nº 366, o Congresso Nacional observou sua Resolução 01/2002 e nomeou um parlamentar como Relator para emitir parecer sobre ela diretamente perante o Plenário (BRASIL, 2012, p. 17).

Entretanto, para o Ministro, o parecer da Comissão Mista representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. Assim sendo, haveria que se reconhecer a inconstitucionalidade dos artigos da Resolução 01/2002 do Congresso Nacional que dispensavam a prolação do parecer pela Comissão Mista, uma vez que não era suficiente sua elaboração por parlamentar Relator (BRASIL, 2012, p. 19).

O Ministro Relator entendeu ainda que não havia urgência para a edição da Medida Provisória 366/2007, pois esta criou autarquia responsável por funções exercidas por entidade federal preexistente, qual seja: o IBAMA (BRASIL, 2012, p. 22/23). Porém, apesar do abuso do poder de editar Medidas Provisórias, o Supremo Tribunal Federal não poderia fechar os olhos para os efeitos nocivos que a pronúncia de nulidade com efeitos retroativos poderia acarretar para a sociedade (BRASIL, 2012, p. 26).

Assim sendo, considerando o volume quantitativo de leis aprovadas com base na prática inconstitucional de dispensar a manifestação da Comissão Mista no trâmite parlamentar das Medidas Provisórias, o Relator modulou os efeitos da decisão de inconstitucionalidade incidental da Resolução 01/2002 para preservar a higidez de todas as Medidas Provisórias convertidas em lei até a data do julgamento, inclusive da Lei Federal 11.516/07 que era objeto da presente ADI (BRASIL, 2012, p. 27/28).

Após discussões sobre a procedência ou a improcedência da Ação, a maioria da Corte julgou parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator e com a modulação de efeitos. Contrários o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que a julgava procedente por entender que a exigência do parecer da Comissão Mista possibilitaria a obstrução de Medidas Provisórias por deputados e senadores (BRASIL, 2012, p. 61), e também o voto do Ministro

Marco Aurélio, que a julgava improcedente por entender que a Comissão Mista não poderia colocar em segundo plano a Constituição Federal e, portanto, não poderia dispensar exigência de parecer da Comissão Mista nela prevista (BRASIL, 2012, p. 65).

O Advogado-Geral da União suscitou questão de ordem em função da declaração incidental de inconstitucionalidade da Resolução do Congresso, tendo em vista o elevado número de Medidas Provisórias convertidas em lei mediante a adoção de seus termos. Assim sendo, requereu que o Supremo Tribunal Federal concedesse prazo de vinte e quatro meses para que o Congresso Nacional pudesse acomodar o processo legislativo (BRASIL, 2012, p. 72/73).

O Ministro Ayres Britto afirmou que o Legislativo não é obrigado a legislar e, portanto, não assinalaria prazo (BRASIL, 2012, p. 76). Já o Ministro Gilmar Mendes entendeu que não houve declaração imediata de nulidade deixando a lei em vigor, mas obrigando o Congresso a refazer o rito procedimental legislativo (BRASIL, 2012, p. 78).

O Ministro Cezar Peluso entendeu que a anteriormente à decisão todas as leis aprovadas com a observância da Resolução eram constitucionais (BRASIL, 2012, p. 82). Entretanto, a partir da decisão, como a Resolução não iria mais ser vigente, o Congresso teria a liberdade para obedecer ao previsto na Constituição Federal (art. 62, parágrafo 9º), sem a observância da Resolução (BRASIL, 2012, p. 82). O Ministro Gilmar Mendes propôs então que a Ação fosse julgada improcedente ao invés de se conceder efeito *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade (BRASIL, 2012, p. 83).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal acolheu a questão de ordem e alterou o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgando-a improcedente e declarando incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos da Resolução 01/2002 do Congresso Nacional com eficácia *ex nunc* (BRASIL, 2012, p. 89), contra o voto do Ministro Cezar Peluso que julgava procedente a Ação por entender não haver o requisito da urgência para a Medida Provisória 366/2007 (BRASIL, 2012, p. 87).

A declaração incidental de inconstitucionalidade da Resolução 01/2002 com efeitos *ex nunc* buscou preservar os atos já praticados durante sua vigência, nos quais se inclui a lei que é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade ora analisada. Considerando-se o grande volume de Medidas Provisórias aprovadas com observância da Resolução declarada inconstitucional, a modulação com efeitos *ex tunc* provocaria o desfazimento de atos em

diversos campos do Direito realizados durante sua vigência, sendo até mesmo impossível precisar tantas consequências.

A instabilidade causada pela invalidação das Medidas Provisórias violaria a segurança jurídica<sup>75</sup> por implicar uma mudança brusca e inesperada de direitos e deveres, o que não favorece o cumprimento das normas pelos destinatários. Do ponto de vista dos operadores do Direito, as mudanças legislativas decorrentes da invalidação poderiam comprometer o cálculo jurídico futuro, o que é causa de insegurança jurídica.

A visão sistemática do Direito também seria comprometida, pois o conteúdo das Medidas Provisórias atingidas pela decisão é desconhecido e poderia afetar a coerência e a hierarquia do Direito, que também são requisitos da segurança jurídica. Assim sendo, a atribuição dos efeitos *ex nunc* à declaração incidental de inconstitucionalidade foi essencial à segurança jurídica em relação ao próprio Direito, pois preservou a dimensão interna que trata da criação e derrogação de normas, de sua aplicação e interpretação e ainda de sua garantia.

### **6.11 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4414 / AL**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tendo como objeto a Lei 6.806, de 22 de março de 2007, do Estado do Alagoas, que criou a 17ª vara Criminal da Capital, atribuindo-lhe competência exclusiva para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas dentro do território alagoano, determinando, para tanto, a adoção de providências correlatas.

O requerente sustentou haver vício formal em função da disposição do art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que confere privativamente à União a competência para legislar sobre matéria penal e processual penal, uma vez que a lei impugnada definiu conceitos como “crime organizado” e “organização criminosa”, criou normas de regramento e processamento e afastou a competência do Tribunal do Júri (BRASIL, 2013b, p.12/13).

O Tribunal optou por decidir separadamente sobre a constitucionalidade de cada dispositivo da lei impugnada que era composta por dezenove artigos e, após longas

---

<sup>75</sup> Nesse sentido, ver item “2.2.2 A filtragem da justiça”.

discussões, alguns dispositivos receberam interpretação conforme e outros tiveram sua inconstitucionalidade declarada (BRASIL, 2013b, p. 257/259).

Restringindo-se a discussão à modulação dos efeitos da decisão, o Relator, Ministro Luiz Fux, propôs a concessão de efeitos *ex nunc*, considerando-se a grave insegurança jurídica que seria gerada pela anulação das decisões e atos processuais até então praticados pela 17ª Vara Criminal de Alagoas, com base nos dispositivos viciados (BRASIL, 2013b, p. 99).

O Ministro Marco Aurélio entendeu que caberia a cada órgão do Judiciário atuar, na espécie, para que as consequências fossem estabelecidas de forma específica em cada caso (BRASIL, 2013b, p. 247). Para o Ministro, a 17ª Vara Criminal foi constituída à margem da lei, de exceção, com juízes pinçados pelo Presidente do Tribunal de Justiça alagoano, desprezando a inamovibilidade. Assim sendo, votou pelo simples pronunciamento de inconstitucionalidade (BRASIL, 2013b, p. 254).

Ao final, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, entendeu ser necessário modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a partir da data do julgamento, para estabelecer: a) que a decisão não se aplicava aos processos com sentenças já proferidas e aos atos processuais já praticados, ressalvados os recursos e *habeas corpus* que tivessem como fundamento a inconstitucionalidade da lei objeto da ADI; b) que os processos pendentes sem prolação de sentenças fossem assumidos por juízes que viessem a ser designados na forma da Constituição Federal de 1988, com observância dos critérios apriorísticos, objetivos e impessoais; e c) a fixação do prazo de noventa dias para provimento das vagas de juízes da 17ª Vara Criminal de Maceió (BRASIL, 2013b, p. 258).

A dimensão da segurança jurídica em relação ao poder<sup>76</sup> exige respeito aos procedimentos prévios e aos limites das instituições, órgãos, funcionários e operadores jurídicos habilitados a criar normas. No caso em tela verifica-se que a criação da 17ª Vara Criminal de Maceió ocorreu à margem da lei, como ressaltou o Ministro Marco Aurélio em seu voto. Entretanto, a pronúncia da nulidade de todos os atos praticados pelo órgão violaria a segurança jurídica em relação ao próprio Direito, por desrespeitar o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

---

<sup>76</sup> Nesse sentido, ver item “2.2.2 A filtragem da justiça”.



O desfazimento desses atos também prolongaria a duração dos processos que tramitavam perante a 17ª Vara Criminal, impossibilitando a resolução de conflitos em tempo oportuno, que consiste em requisito da segurança jurídica. Nesse mesmo sentido, a designação de novos juízes e a fixação de prazo de noventa dias para o provimento destes buscou preservar a continuidade da jurisdição e atender à duração razoável do processo.

Uma visão sistemática do Direito no caso em tela aponta que a aplicação do efeito *ex tunc* geraria caos jurídico no Estado de Alagoas, uma vez que haveria perda da coerência em função do desfazimento de atos jurídicos já praticados e da paralisação da 17ª Vara Criminal. Assim sendo, a modulação temporal dos efeitos da decisão foi consequência da observância do princípio constitucional da segurança jurídica.

## 7 CONCLUSÃO

A segurança jurídica ultrapassou a mera certeza e previsibilidade do Direito para se tornar requisito da justiça no contexto do Estado Democrático de Direito, o que ampliou seus reflexos. Apesar das diversas concepções de justiça e das dificuldades para delimitá-la, a Constituição institucionalizou uma reserva, tornando possível salvaguardar as conquistas da sociedade. Referida reserva contém direitos e garantias que são requisitos da ideia de justiça geral, entre os quais se encontra a segurança jurídica em seus diversos desdobramentos.

A Constituição é o cerne de construção e validade do ordenamento jurídico por ser a expressão da vontade dos membros da sociedade multicultural, sendo dotada de uma supremacia que lhe assegura superioridade hierárquica sobre as demais normas. Em razão de sua supremacia, a Constituição contém uma força normativa que vincula os poderes públicos e as demais normas do ordenamento que, caso não observem seus limites, poderão sofrer controle de constitucionalidade. Para tanto, é necessário um Tribunal que garanta sua efetividade – papel que no Brasil cabe ao Supremo Tribunal Federal.

O controle jurisdicional exercido pelo Supremo Tribunal Federal na forma concentrada ocorre por meio de Ações, mas a este trabalho interessou particularmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade disciplinada pela Lei 9.868/99. Por influência do sistema de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, no Brasil a declaração de inconstitucionalidade tradicionalmente importa em nulidade da lei e, assim sendo, a decisão é declaratória com eficácia retroativa (efeito *ex tunc*). Entretanto, a Lei 9.868/99 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a previsão expressa da excepcionalidade da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Essa possibilidade, porém, não depende da previsão legal da Lei 9.868/99, pois a Constituição já obriga a observância da segurança jurídica. Mesmo anteriormente à edição da Lei 9.868/99, em alguns casos o Supremo Tribunal Federal limitou os efeitos das decisões de inconstitucionalidade e assim o fez em função da segurança jurídica constitucionalmente garantida. Assim sendo, ainda que a referida Lei seja retirada do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal poderá e deverá continuar a modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, sempre que os requisitos da segurança jurídica exigirem essa excepcionalidade.

A doutrina brasileira se dividiu em posicionamentos às vezes opostos sobre o tema. Os argumentos contrários partem da premissa de que a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade implica violação da supremacia da Constituição, o que significaria uma atuação abusiva do Supremo Tribunal Federal. Ocorre, porém, que a própria Constituição impõe a observância da segurança jurídica e de seus desdobramentos, o que às vezes exige que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua atividade constitucionalmente estabelecida, aplique a modulação temporal dos efeitos em respeito à supremacia constitucional.

Essa situação, entretanto, é excepcional e somente poderá ocorrer mediante a demonstração, na decisão, dos requisitos da segurança jurídica. Caso exista alternativa à modulação temporal que preserve a segurança jurídica, deverá prevalecer a regra da retroatividade dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Mas se o único caminho garantidor da segurança jurídica for a modulação, esta deve ser materialmente justificada na decisão, devendo-se fundamentar inclusive a forma na qual ela será realizada, sob pena de ilegitimidade.

Os requisitos da segurança jurídica, por sua vez, somente podem ser analisados na situação fática dos atos impugnados em cada Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois são os dados apresentados nas Ações que fornecem fundamentos para que os julgadores modulem os efeitos ou não. Assim sendo, não é possível afirmar de forma abstrata e geral se a modulação temporal de efeitos realizada pelo Tribunal é positiva ou negativa, pois os estudos sobre o tema necessariamente perpassam pela análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por meio da análise dos julgados é possível observar que há cautela dos Ministros ao restringir os efeitos das decisões, havendo um esforço na fundamentação dos votos para se demonstrar os riscos para a segurança jurídica caso se aplique o efeito *ex tunc*, e ainda a verificação de alternativas à modulação. Há também preocupação com o texto da decisão, que deverá ser claro quanto aos seus efeitos e não deverá conter determinações que ultrapassem a competência do Supremo Tribunal Federal.

As decisões se pautaram pela preservação da segurança jurídica em suas diversas dimensões e ainda pela observância dos limites constitucionais, não em seu aspecto meramente formal, mas também material. A rigidez dos procedimentos constitucionais deve ser observada, entretanto existem outros preceitos da Constituição que também devem ser

obedecidos em função de sua supremacia. Nesses casos, o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato impugnado é imperioso em função da inobservância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, mas a modulação dos efeitos também é necessária como imposição do conteúdo materialmente constitucional, no qual se inclui a segurança jurídica.

A Constituição não se resume ao aspecto formal dos procedimentos e da organização estrutural do Estado e, sendo pluridimensional, deve estar aberta às contextualizações que não podem ser ignoradas pelo Supremo Tribunal Federal. Seu conteúdo não é dissociado da realidade e suas normas têm pretensão de eficácia. O controle de constitucionalidade, por sua vez, não se resume à verificação formal de inconstitucionalidade, pois os aspectos materiais também devem ser analisados em face da justiça constitucionalmente institucionalizada. Nesse contexto, a modulação temporal dos efeitos das decisões consiste em importante mecanismo de preservação da segurança jurídica e, conseqüentemente, da supremacia da Constituição.

Embora seja possível questionar se a modulação temporal aplicada pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Constitucionalidade analisadas foi a melhor alternativa, é necessário reconhecer que, bom ou ruim, o mecanismo vem sendo utilizado e sua proposta de preservação da segurança jurídica é condizente com o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, reflexões sobre seu aperfeiçoamento devem ser estimuladas e merecem atenção, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que divide o papel de guardião da Constituição com toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Constituição (1919). **The Reich Constitution of August 11th 1919**. Disponível em: < [http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php) > Acesso em: 31 dez. 2012.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a lei nº 9.868 /99**. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002, p. 21-37.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, nº. 164, p. 87-104, out/dez 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 90, p. 69-169, jul/dez 2004.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte, Del Rey: 2006. p. 205-221.
- BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. Efeitos do pronunciamento judicial de inconstitucionalidade no tempo. **Cadernos da Pós-Graduação**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 29-74, mar. 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás**, v. 21, p. 55-72, 2001. Disponível em: <<http://revista.pge.go.gov.br/index.php/revistapge/article/download/102/86>> Acesso em: 01 out. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 25 dez. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em: 21 abr. 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)> Acesso em: 21 abr. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999a. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)> Acesso em 24 abr. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.882**, de 03 de dezembro de 1999b. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)> Acesso em 25 abr. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.063**, de 27 de outubro de 2009a. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm)> Acesso em 26 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 875/ Distrito Federal**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe, Publicado em 30/04/2010a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>> Acesso em: 27 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240/Bahia**. Rel. Min. Eros Grau. DJ, Publicado em 03/08/2007a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>> Acesso em: 28 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2904/Paraná**. Rel. Min. Menezes Direito. DJe, Publicado em 25/09/2009c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603019>> Acesso em 09 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3022/Rio Grande do Sul**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ, Publicado em 04/05/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363282>> Acesso em 15 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3430/Espírito Santo**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe, Publicado em 23/10/2009d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604552>> Acesso em 17 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3615/Paraíba**. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ, Publicado em 09/03/2007b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409296>> Acesso em 18 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3660/Mato Grosso do Sul**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe, Publicado em 09/05/2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829>> Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3819/Minas Gerais**. Rel. Min. Eros Grau. DJ, Publicado em 28/03/2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>> Acesso em: 25 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029/Distrito Federal**. Rel. Min. Luiz Fux. DJe, Publicado em 27/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>> Acesso em: 01 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4414/Alagoas**. Rel. Min. Luiz Fux. DJe, Publicado em 17/06/2013b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3994214>>  
Acesso em: 18 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.791-3/ Paraná**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe, Publicado em 04/09/2009b. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602249>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797/Distrito Federal**. Rel. Min. Menezes Direito. DJe, Publicado em 28/02/2013a. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>> Acesso em: 03 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3601/ Distrito Federal**. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe, Publicado em 15/13/2010b. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>> Acesso em: 04 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70.514/Rio Grande do Sul**. Rel. Min. Sydney Sanches. DJ, Publicado em 27/06/1997. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 78.533/São Paulo**. Rel. Min. Firmino Paz. DJ, Publicado em 26/02/1982. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173939>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 122.202/Minas Gerais**. Rel. Min. Francisco Rezek. DJ, Publicado em 08/04/1994. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 147.776/São Paulo**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ, Publicado em 19/06/1998. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=210449>>. Acesso em: 16 jul. 2013.



CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim (Coord.). **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e a defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University, 2011.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria de controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia**, de 1776. Disponível em: <[http://www.rolim.com.br/2002/\\_pdfs/0611.pdf](http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0611.pdf)> Acesso em: 25 dez. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refining Company 287 U.S. 358 (1932)**. Disponível em:<

<https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/287/287.US.358.53.html>> Acesso em: 10 nov. 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Linkletter v. Walker 381 U.S. 618 (1965)**. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/case.html>> Acesso em: 23 jun. 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Stovall v. Denno 388 U.S. 293 (1967)**. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=293>> Acesso em: 21 nov. 2013.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade civil do estado por ato legislativo**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

FAIRCHILD, Thomas E.. Limitation of new judge-made law to prospective effect only: "prospective overruling" or sunbursting. **Marquette Law Review**, v. 51, issue 3, p. 254-270, 1968. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2556&context=mulr>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FLETCHER, George P. Paradoxes in legal thought. **Columbia Law Review**, v. 85, nº. 6, p. 1263-1292, out/1985. Disponível em: <[http://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/texts/fletcher\\_paradoxes-legal-thought-1985.pdf](http://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/texts/fletcher_paradoxes-legal-thought-1985.pdf)> Acesso em: 22 nov. 2013.

FRANÇA. Constituição (1793). **Constitution du 24 juin 1793**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>> Acesso em: 25 dez. 2012.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)> Acesso em: 25 dez. 2012.

FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, nº 4, p. 630-672, 1958.

FULLER, Lon L. **The morality of Law**. Revised edition. New Haven and London: Yale University Press, 1963.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1983.

GUISSARRI, Adrián C. **Seguridad jurídica y crecimiento con restricciones institucionales**. Buenos Aires: Fores/The Fraser Institute/Tinker Foundation, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas; MONTEIRO, João Paulo. **Leviatã ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 3ª. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

KREIMER, Seth F. Invidious comparisons: some cautionary remarks on the process of constitutional borrowing. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law** 1, nº3, p.640-650, 1998/1999. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume1/issue3/Kreimer1U.Pa.J.Const.L.640%281999%29.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. ¿Pronunciamiento inconstitucional del Tribunal Constitucional?. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, n. 3, jul/2007.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Trad. Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele de Giorgi. 1990. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>> Acesso em 28 abr. 2013.

MANRIQUE, Ricardo García. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. *In*: **Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho**, v. 26. Valência: Universidad de Alicante, 2003. p. 477-516.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. Efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade: aplicação do artigo 27 da lei nº 9.868/1999. **Direito Público**, nº 26, p. 70-85, mar-abr/2009.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho. *In*: **Anuario de Derechos Humanos**, nº 06, Madrid: Universidad Complutense, 1990. p. 215-229. Disponível em: <[http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10384/1/seguridad\\_Peces\\_ADH\\_1990.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10384/1/seguridad_Peces_ADH_1990.pdf)>. Acesso em: 25 dez. 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 3, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_3/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-03-2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-03-2001-GILMAR-MENDES.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MÉXICO. Constituição (1917). **Constitution of Mexico**. 1917. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en\\_mex-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf)> Acesso em: 31 dez 2012.

MCCALL, James R.. A basic concern for process: commentary on Quo Vadis, prospective overruling. **Hastings Law Journal**, v. 50, p. 805-812, 1999. Disponível em: <<http://librarysource.uchastings.edu/repository/McCall/50HastingsLJ805.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2013.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 67-91.

PAZZINATO, Alceu L.; SENISE, Maria Helena V. **História moderna e contemporânea**. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia. *In: Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 15. Madri: UNED, 2000, p. 25-38.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique . **Teoría del Derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. Madrid: Tecnos, 1997.

PIÑERO, Rafael Márquez. **El sistema jurídico de los Estados Unidos de América**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

PLATÃO. **A república**: texto integral. 3ª ed. São Paulo: M. Claret, 2011.

POUSADELA, Inês M.. O contratualismo hobbesiano. *In: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Filosofía política moderna: de Hobbes a Marx*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. p. 357-372.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

RADBRUCH, Gustav. Injustiça legal e direito suprallegal (1947). *In: O homem no direito*. p. 61-68. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/ohomemnodireito.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2013..

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição e o pluralismo na encruzilhada (I): a justiça constitucional como guardião das minorias políticas. *In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 02. Belo Horizonte: Del Rey, julho/dezembro de 2003, p.79-132.

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159-194.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Dissertação - um dia acaba....** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <assischris@gmail.com> em 16 nov. 2013a.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de direito e direito adquirido como franquias e bloqueios da transformação social. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2005b, p. 265-344.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013b.

SAMPAIO, José Adércio Leite; DYRUD, Chris Wold; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 85-129.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. A eficácia das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 09-45.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 12. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, dez/jan/fev 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Versão eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitucion**. Madri: Tecnos, 1983.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.15-30.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. O controle jurisdicional e o art. 49, inciso "V" da Constituição Federal. *In*: **Pensar: R. C. Direito Unifor**, v. 5, nº 5, Fortaleza: fev. 2000, p.165-171. Disponível em: <[http://hp.unifor.br/pdfs\\_notitia/2795.pdf](http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/2795.pdf)> Acesso em: 12 abr. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

SUSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard University Press, 2001.



TREANOR, William Michael; SPERLING, Gene B.. Prospective overruling and the revival of unconstitutional statutes. **Columbia Law Review**, v. 93, p. 1902-1955, 1993. Disponível em:

<<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2069&context=facpub>>  
Acesso em: 21 nov. 2013.

URMSON, J. O. Saints and heroes. *In: Essays in moral philosophy*. Seattle: University of Washington Press, 1958. p. 198-216.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIGO, Rodolfo Luis. Aproximaciones a la seguridad jurídica. *In: Derechos y libertades*. Año 03, nº 06. Madri: Instituto Bartolomé de las Casas, 1998. p. 495- 516.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Nuova ed. Bologna: Il Mulino, 1988.

## **APÊNDICE A – SÍNTESE DAS DECISÕES MODULADAS DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO ANALISADAS NA DISSERTAÇÃO**

### **1 – ADI 2501 / MG - MINAS GERAIS (Julgamento: 04/09/2008)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em atendimento a representação formulada pelo ministro de Estado da Educação, tendo por objeto os arts. 81 e 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, por ofensa ao art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal entendeu que os dispositivos impugnados invadiram a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação por – ainda que de forma indireta – subtraírem do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas. Assim sendo, o Tribunal, por unanimidade, conheceu e julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo primeiro do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, bem como, por arrastamento, os parágrafos 4º, 5º e 6º também do art. 82, os quais foram acrescentados pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio. Entretanto, tendo em vista o excepcional interesse social consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, o Supremo Tribunal deferiu a modulação temporal de efeitos – sendo vencido o Ministro Marco Aurélio que não adentrou a questão – para considerar válidos os atos (diplomas, certificados, certidões, etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas pela decisão até a data do julgamento, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições.

### **2 – ADI 2907 / AM - AMAZONAS (Julgamento: 04/06/2008)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tendo por objeto a Portaria 954/2001 do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que dispôs sobre o horário de expediente forense nas comarcas da Capital e do interior, bem como dos respectivos órgãos de apoio, violando o art. 5º, caput e inciso II, o art. 37, caput, e o art. 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea "c", todos da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal entendeu que embora não houvesse ofensa ao princípio da separação dos poderes – visto que a Portaria impugnada não alterava a jornada de trabalho dos servidores e, portanto, não interferiu com o seu regime jurídico – constatava-se, na espécie, vício de natureza formal. Não havia impedimentos para a regulação da matéria pelo Tribunal no exercício da autonomia administrativa que a Constituição garante ao Judiciário, entretanto na forma como o tema foi tratado, ou seja, por portaria ao invés de resolução e ainda monocraticamente e não por decisão colegiada, de fato violou-se o art. 96, inciso I, alíneas "a" e "b" da Constituição Federal de 1988. Referido artigo, embora estabeleça a competência dos Tribunais de Justiça para eleger seus órgãos diretivos, elaborar seus regimentos internos e organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, não confere a estes o poder de regular a matéria tratada na portaria impugnada. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade – vencidos os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito, Carmen Lúcia e Eros Grau – conferindo eficácia “*ex nunc*” à declaração de inconstitucionalidade – vencido o Ministro Marco Aurélio.

### **3 – ADI 3458 / GO - GOIÁS (Julgamento: 21/02/2008)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tendo por objeto a Lei 15.010/2004 do Estado de Goiás, bem como o Decreto Estadual 6.042/04 e a Instrução Normativa 01/2004 expedida pelo Secretário de Fazenda e pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Goiás, todos esses atos normativos relacionados ao Sistema de Conta Única de Depósitos Judiciais e Extrajudiciais no âmbito estadual. Sustentou o requerente que houve afronta ao disposto no art. 24, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, uma vez que a Lei 15.010/2004 disciplinou de forma diversa a matéria regular pela Lei federal 10.482/2002. Afirmou também haver usurpação da competência legislativa da União para legislar sobre direito processual, nos termos do art. 22,

inciso I, da Constituição Federal de 1988, e ainda violação do art. 163, incisos I e II, art. 165, parágrafo 9º, inciso II, e art. 193, todos da Constituição Federal de 1988, por entender que a matéria deveria ser regulada por lei complementar. O Relator não conheceu a Ação no tocante ao Decreto Estadual e à Instrução Normativa em razão do não cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade para impugnar atos regulamentares. Quanto à Lei 15.010/2004 do Estado de Goiás, o Supremo Tribunal Federal entendeu haver inconstitucionalidade formal porque o projeto de lei foi deflagrado pelo Governador, embora sua matéria não estivesse entre as matérias de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988). Haveria ainda inconstitucionalidade material porque a Lei atribuiu ao Poder Executivo estadual a guarda e utilização de valores que não tinham relação direta com a Fazenda Pública estadual, o que violava o art. 2º da Constituição Federal de 1988, que afirma a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Os valores consistiam em quantias depositadas em Juízo até que o litígio fosse definitivamente dirimido pelo Poder Judiciário. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade aplicando, por maioria, a modulação para dar efetividade à decisão apenas sessenta dias após a publicação do acórdão, na intenção de proteger a entidade e também os jurisdicionados, sendo vencido nesse ponto o Ministro Marco Aurélio.

#### **4 – ADI 4009 / SC - SANTA CATARINA (Julgamento: 04/02/2009)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil tendo por objeto artigos da Lei Complementar 254, de 15 de dezembro de 2003, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar 374, de 30 de janeiro de 2007, ambas do Estado de Santa Catarina (referidas leis reorganizaram a estrutura administrativa e dispuseram sobre a remuneração dos profissionais do Sistema de Segurança Pública), o art. 106, parágrafo 3º da Constituição Catarinense, e ainda a Lei Complementar 55, de 29 de maio de 1992 e a Lei Complementar 99, de 29 de novembro de 1993, que versaram sobre a vinculação ou equiparação de espécies remuneratórias dos policiais civis e militares à remuneração dos delegados. O requerente sustentou que a Constituição Federal de 1988 veda a vinculação e equiparação de quaisquer espécies estipendiais para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, nos termos de seu art. 37, inciso XIII. O Supremo

Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendeu não haver inconstitucionalidade porque as normas versavam não sobre vinculação, mas sobre a proporcionalidade da remuneração das diversas carreiras ligadas à Polícia Civil. No tocante à modulação de efeitos, o Supremo Tribunal concedeu eficácia “*ex nunc*” a partir da data da publicação do acórdão, no intuito de permitir que o Estado se preparasse para editar rapidamente uma lei que dispusesse sobre vencimentos justos aos servidores públicos, sendo vencidos nesse ponto os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que recusaram a modulação de efeitos. As razões de decidir da ADI 4009 foram aplicadas a ADI 4001, cujos autos foram apensados porque seu objeto estava contido na primeira.

#### **5 – ADI 4140 / GO - GOIÁS (Julgamento: 29/06/2011)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil tendo por objeto as Resoluções 02 (dispôs sobre a reorganização dos serviços de notas e de registros das comarcas de entrância intermediária e final) e 03 (regulamentou o concurso público unificado para ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro do Estado de Goiás), ambas editadas em 02 de junho de 2008 pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás. O requerente sustentou violação do art. 236, caput e parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, e ainda dos princípios da conformidade funcional, da reserva legal, da legalidade e da segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou parcialmente procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade formal da Resolução 2/2008, com aplicação dos efeitos “*ex tunc*” para que a decisão somente tivesse eficácia a partir do decurso de trinta dias contados de sua publicação, no intuito de preservar a validade jurídica de todos os atos notariais e de registro praticados pelas serventias extrajudiciais que tivessem suas atribuições eventualmente modificadas durante a vigência do ato normativo impugnado.

#### **6 – ADI 4416 MC / PA - PARÁ (Julgamento: 06/10/2010)**

A Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira tendo por objeto o parágrafo 3º do art. 307 da Constituição do Estado do Pará, acrescido pela Emenda Constitucional 40, de 19 de dezembro de 2007, que trava do processo de escolha de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Contas dos Municípios. O requerente sustentou haver violação do art. 73, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, por não permitir a participação dos Poderes Executivo e Legislativo no processo de escolha e provimento do cargo, configurando inobservância do modelo federal que daria ao Governador do Estado o poder de livre escolha do Conselheiro. O Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que o dispositivo questionado colidia com o modelo federal insculpido no art. 73 parágrafo 3º do texto constitucional, que é de observância compulsória. Assim sendo, deferiu a medida cautelar para suspender a vigência do dispositivo impugnado até o julgamento final da ação – vencido nesse ponto o Ministro Marco Aurélio, que manteve a eficácia desde o pronunciamento do Tribunal, por não julgar em processo objetivo situações concretas que tenham sido praticadas segundo a norma impugnada.