



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição

Bruno de Medeiros Arcoverde

Desconstruindo o dogma da nulidade na fiscalização concreta de constitucionalidade no Brasil: um diálogo com a doutrina portuguesa sobre a titularidade do poder para excepcionar a regra da privação de eficácia das decisões positivas de inconstitucionalidade

Brasília
2014

Bruno de Medeiros Arcoverde

Desconstruindo o dogma da nulidade na fiscalização concreta de constitucionalidade no Brasil: um diálogo com a doutrina portuguesa sobre a titularidade do poder para excepcionar a regra da privação de eficácia das decisões positivas de inconstitucionalidade

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração “Direito, Estado e Constituição”, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes.

Brasília
2014

ARCOVERDE, Bruno de Medeiros. **Desconstruindo o dogma da nulidade na fiscalização concreta de constitucionalidade no Brasil: um diálogo com a doutrina portuguesa sobre a titularidade do poder para excepcionar a regra da privação de eficácia das decisões positivas de inconstitucionalidade**. 2014. 180 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília.

Bruno de Medeiros Arcoverde

Desconstruindo o dogma da nulidade na fiscalização concreta de constitucionalidade no Brasil: um diálogo com a doutrina portuguesa sobre a titularidade do poder para excepcionar a regra da privação de eficácia das decisões positivas de inconstitucionalidade

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração “Direito, Estado e Constituição”, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes.

Brasília, 25 de junho de 2014.

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes (orientador)
Universidade de Brasília (FD/UnB)

Prof. Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger
Universidade Pablo de Olavide (Espanha)/MPDFT

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa
Universidade de Brasília (FD/UnB)

Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa (suplente)
Universidade de Brasília (FD/UnB)

À minha amada mulher Bárbara, companheira de tantas jornadas e aventuras, com quem divido com muita felicidade minha passagem nesta vida e ao(s) filho(s) que eu quero ter.

À minha extraordinária mãe, Josely, por todo o amor e educação que recebi e por sua hercúlea batalha para que eu sempre tivesse oportunidades de progredir.

Ao meu pai, Rafael (*in memoriam*), pelo seu exemplo de bondade e de amor ao próximo.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes, exemplo de amor pelo ensino e cujo nome certamente ficará para sempre gravado nas mentes e nos corações de todos aqueles que com ele conviveram na Universidade de Brasília, pelo constante estímulo à pesquisa, bem como pela atenciosa e valiosa orientação, sem a qual a conclusão deste trabalho não seria possível.

Ao Professor Doutor Henrique Araújo Costa e ao Professor Doutor Antonio Henrique Graciano Suxberger, por gentilmente se disporem a engrandecer este trabalho por meio de suas participações na banca examinadora.

A todos os amigos que fiz na Procuradoria-Geral Federal e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nestes quase sete anos de lutas diárias na advocacia pública federal, e, em especial, à Coordenação da Atuação Judicial perante o Supremo Tribunal Federal da PGFN (CASTF/PGFN), pelo constante estímulo ao aperfeiçoamento técnico e acadêmico dos membros da equipe.

À Cláudia Falcão, pela enorme ajuda prestada nos trabalhos de revisão desta dissertação.

Aos meus familiares e amigos queridos, pelo apoio incondicional e pela compreensão nas muitas horas, eventos e finais-de-semana subtraídos de nosso convívio, enquanto eu me dedicava à execução e conclusão deste projeto.

LISTA DE SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

CF – Constituição Federal

CRP – Constituição da República de Portugal

LTC – Lei do Tribunal Constitucional de Portugal

MPSP – Ministério Público do Estado de São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TC – Tribunal Constitucional de Portugal

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

Este trabalho soma esforços a recentes considerações doutrinárias relativas à desmistificação do denominado dogma da nulidade da lei inconstitucional no Brasil. A pesquisa objetiva abordar o tema proposto em uma vertente ainda pouco explorada pela doutrina pátria: a da fiscalização concreta de constitucionalidade. No âmbito dessa vertente, será enfrentada a possibilidade de superar o que se compreende por regra da privação de eficácia das decisões positivas de inconstitucionalidade. Em virtude de se entender positiva a resposta, avançar-se-á na análise de quais órgãos jurisdicionais titularizariam este verdadeiro poder-dever de excepcionar a regra da privação de eficácia em determinadas situações. Com vistas a especializar o estudo e considerando a enorme afinidade dos paradigmas de controle de constitucionalidade brasileiro e português, optou-se por um corte metodológico que permitisse a análise reflexiva da temática proposta à luz das discussões havidas entre os principais autores portugueses, máxime dos ensinamentos de Rui Medeiros e de Carlos Blanco de Moraes, sem descurar da produção doutrinária brasileira. Na senda indicada, o presente trabalho defenderá que, no estágio dogmático atual do Direito brasileiro, a regra da privação de eficácia deverá ser excepcionalmente afastada sempre que uma ponderação entre normas constitucionais, a ser equacionada pelo julgador constitucional no julgamento do caso concreto, indicar que essa solução privilegiará a unidade normativa da Constituição. Nos termos propostos, qualquer órgão jurisdicional competente para exercitar difusamente o controle concreto de constitucionalidade tem o verdadeiro poder-dever de preservar excepcionalmente os efeitos produzidos pelos atos normativos reputados contrários à Constituição sempre que verificar que a aplicação da regra da privação de eficácia contribuiria para o agravamento do estado de inconstitucionalidade naquele contexto específico.

Palavras-chave: Controle concreto de constitucionalidade. Dogma da nulidade. Doutrinas brasileira e portuguesa. Titularidade do poder para excepcionar a regra da privação de eficácia.

ABSTRACT

This work adds efforts to recent doctrinal considerations relating to the demystification of so-called nullity of the unconstitutional law dogma in Brazil. The research aims to address the issue proposed in a side not explored by our national doctrine: diffuse judicial review. Under this part, would be faced the possibility of overcoming what is meant by the privation of effectiveness rule of positive decisions of unconstitutionality. Due to understand the positive response, it will advance in the analysis of which courts have this true power and duty to overcoming what is meant by the privation of effectiveness rule. With a view to specialize the study and considering the enormous affinity between the constitutionality control in Brazil and in Portugal, we opted for a methodological approach that would allow a reflective analysis of the subject proposal in the light of the discussions between the main Portuguese authors, citing teachings Rui Medeiros and Carlos Blanco de Morais, without neglecting the Brazilian doctrinal production. In the indicated path, this paper will advocate that in the current dogmatic stage of Brazilian law, the privation of effectiveness rule should be exceptionally cleared whenever a balance between constitutional rules is considered by the constitutional judge, in a concrete case, as the best solution to privilege the normative unity of constitution. In the proposed rule, any competent court to exercise diffusely concrete review of constitutionality has the real power and duty to uniquely preserving the effects produced by reputed unconstitutional normative acts if it finds that the application of the privation of effectiveness rule contribute to the worsening of the unconstitutionality state in that specific context.

Keywords: Diffuse judicial review. Nullity of the unconstitutional law dogma. Brazilian and Portuguese doctrines. Ownership of the power to relativise the privation of effectiveness rule.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	011
CAPÍTULO 1 – A INTRODUÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E OS PROBLEMAS DECORRENTES DE SUA RÍGIDA ADOÇÃO	014
1.1 A internalização do dogma da nulidade da lei inconstitucional ao Direito brasileiro	014
1.1.1 <i>Breves notas sobre o surgimento da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade no Brasil</i>	014
1.1.2 <i>Principais características do modelo norte-americano de fiscalização de constitucionalidade</i>	017
1.1.3 <i>A introdução do dogma da nulidade da lei inconstitucional no Brasil</i>	021
1.1.4 <i>A clássica jurisprudência pátria sobre o tema</i>	025
1.2 Os problemas decorrentes da adoção indiscriminada dos efeitos <i>ex tunc</i> propugnados pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional	030
1.3 Um necessário acordo semântico sobre os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos normativos passíveis de fiscalização de constitucionalidade	033
1.3.1 <i>Plano da existência</i>	034
1.3.2 <i>Plano da validade</i>	036
1.3.3 <i>Plano da eficácia</i>	037
1.4 A inconstitucionalidade e sua consideração no âmbito da clássica fiscalização concreta-difusa de constitucionalidade aceita no Brasil de acordo com os planos da existência, da validade e da eficácia	038
1.4.1 <i>A visão da inconstitucionalidade como um conceito relacional</i>	038
1.4.2 <i>Nulidade e anulabilidade como elementos extrínsecos ao conceito de inconstitucionalidade</i>	040
1.4.2.1 <u>Breves notas sobre a teoria da nulidade</u>	041
1.4.2.2 <u>Breves apontamentos sobre a teoria da anulabilidade</u>	041
1.4.3 <i>Considerações sobre o tema no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável difusamente: a sanção da privação de eficácia</i>	044
1.5 A ressalva das situações <i>a priori</i> desconectadas do dogma da nulidade da lei inconstitucional	047
CAPÍTULO 2 – A POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL NO DIREITO LUSITANO	050
2.1 Alguns apontamentos introdutórios sobre a fiscalização de constitucionalidade em Portugal	050
2.1.1 <i>Considerações iniciais</i>	050

2.1.2	<i>Objeto do controle de constitucionalidade por ação em Portugal</i>	051
2.1.3	<i>Principais caracteres da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade concreta em Portugal</i>	053
2.1.4	<i>Principais características da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade abstrata lusitana</i>	058
2.2	Os efeitos temporais da decisão positiva de inconstitucionalidade originária em Portugal	061
2.2.1	<i>A sede constitucional da invalidação retro-operante das decisões positivas de inconstitucionalidade em relação à fiscalização abstrata sucessiva</i>	061
2.2.2	<i>A “desaplicação” da norma inválida na fiscalização concreta</i>	064
2.3	A técnica da limitação dos efeitos retro-operantes das decisões positivas de inconstitucionalidade positivada no nº 4 do art. 282 da Constituição portuguesa	067
2.3.1	<i>Breve intróito</i>	067
2.3.2	<i>Pressupostos materiais previstos no art. 282, nº 4, da CRP</i>	069
<u>2.3.2.1</u>	<u><i>A segurança jurídica</i></u>	070
<u>2.3.2.2</u>	<u><i>A equidade</i></u>	071
<u>2.3.2.3</u>	<u><i>O interesse público de excepcional relevo</i></u>	073
2.3.3	<i>O pressuposto processual da fundamentação</i>	074
CAPÍTULO 3 – A RELATIVIZAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL NO BRASIL		075
3.1	Breve digressão histórica	075
3.1.1	<i>A excepcional relativização do dogma da nulidade na história jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal</i>	075
3.1.2	<i>Os debates parlamentares que antecederam a positivação da possibilidade de limitação dos efeitos retro-operantes das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas em controle abstrato</i>	079
3.2	Breves comentários sobre a positivação da técnica de modulação dos efeitos temporais das decisões positivas de inconstitucionalidade pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999	083
3.2.1	<i>A formalização da invalidação com efeitos retro-operantes como uma regra geral no controle abstrato</i>	083
3.2.2	<i>Aspecto procedimental: a exigência de quórum qualificado</i>	085
3.2.3	<i>Aspectos de direito material</i>	089
<u>3.2.3.1</u>	<u><i>A expressão “razões de segurança jurídica”</i></u>	090
3.2.3.1.1	<i>Uma breve noção da segurança jurídica</i>	090
3.2.3.1.2	<i>Duas dimensões conceituais (estática e dinâmica)</i>	094
3.2.3.1.3	<i>Fundamento constitucional da segurança jurídica</i>	097
<u>3.2.3.2</u>	<u><i>A expressão “excepcional interesse social”</i></u>	106
3.2.4	<i>A interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999</i>	108

CAPÍTULO 4 – A TITULARIDADE DO PODER PARA RELATIVIZAR A REGRA SANCIONATÓRIA DA PRIVAÇÃO DE EFICÁCIA NA FISCALIZAÇÃO CONCRETA DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: UM DIÁLOGO COM A DOCTRINA LUSITANA.....	114
4.1 A incipiente produção doutrinária brasileira sobre o tema.....	114
4.2 A discussão da matéria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	118
4.2.1 <i>A consolidação da possibilidade de “modulação” dos efeitos “ex tunc” decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade na fiscalização concreta.....</i>	118
4.2.2 <i>A questão da competência de outros órgãos jurisdicionais para limitar a regra da privação de eficácia na jurisprudência do STF.....</i>	121
4.3 Um diálogo com a doutrina lusitana acerca da titularidade do poder para limitar os efeitos retro-operantes decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade no controle concreto.....	124
4.3.1 <i>Principais aportes hauridos na doutrina portuguesa.....</i>	124
4.3.1.1 <u>Breve intróito.....</u>	124
4.3.1.2 <u>A possibilidade de restrição dos efeitos retro-operantes decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade pelos Tribunais comuns: a tese de Rui Medeiros.....</u>	127
4.3.1.3 <u>A impossibilidade de restrição dos efeitos retro-operantes das decisões positivas de inconstitucionalidade pelos Tribunais comuns: a antítese de Carlos Blanco de Moraes.....</u>	131
4.3.1.3.1 Limitações lógico-positivas.....	131
4.3.1.3.2 Limitações na esfera do Direito comparado.....	133
4.3.1.3.3 Limitações de ordem teleológica.....	134
4.3.1.4 <u>A inadmissibilidade da limitação dos efeitos na fiscalização concreta exercitável pelo Tribunal Constitucional.....</u>	135
4.3.2 <i>Síntese crítica acerca da possibilidade de restrição da regra da privação de eficácia decorrente da decisão positiva de inconstitucionalidade no estágio dogmático hodierno da fiscalização concreta desenvolvida no Brasil.....</i>	138
CONCLUSÕES.....	155
REFERÊNCIAS.....	167

INTRODUÇÃO

Assunto da ordem do dia nas discussões havidas nos tribunais brasileiros, principalmente de recentes julgados proferidos no Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de se limitar a invalidação com efeitos *ex tunc* absolutos propugnada pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional, no denominado controle concreto de constitucionalidade, parece ainda não ter despertado maior atenção da doutrina brasileira, a qual, em sua maioria, tem permanecido no campo das avaliações pragmáticas ou juridicamente superficiais sobre este importante tema.

Muito embora seja procedente a advertência de José Luiz de Anhaia Mello em sua obra “Da Separação dos Poderes à Guarda da Constituição”, no sentido de que o tema dos efeitos temporais das decisões positivas de inconstitucionalidade se constitui em um “dos pontos mais difíceis e complexos, dentro da matéria da constitucionalidade”¹, afigura-se premente a necessidade de se fomentar o debate acadêmico em torno dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na fiscalização de constitucionalidade *in concreto*, bem como acerca da inapropriadamente designada modulação de tais efeitos.

Afinal, seria possível cogitar-se o cabimento da limitação da regra da retroatividade de efeitos tradicionalmente aceita para as decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas no controle concreto de constitucionalidade no Brasil? Em caso positivo, quais os órgãos jurisdicionais que titularizariam esse poder? Estas são as indagações centrais das quais se ocupa o estudo vertente.

Na linha de estudo indicada, a hipótese central da presente pesquisa é a de que, sempre que o julgador constitucional se deparar, no exercício do controle concreto de constitucionalidade, com uma situação na qual a não-aplicação *in concreto* do ato normativo julgado inconstitucional conduza a uma situação de agravamento do estado de inconstitucionalidade, qualquer órgão jurisdicional competente para o exercício daquela fiscalização terá o verdadeiro poder-dever de preservar os efeitos produzidos por aqueles suportes normativos reputados inconstitucionais.

Advirta-se que, principalmente em função da diversidade de conformações dos paradigmas de fiscalização de constitucionalidade nos mais diversos ordenamentos jurídicos, optou-se, na presente pesquisa, por especializar o estudo mediante um corte metodológico que permitisse a análise reflexiva do tema proposto à luz das discussões doutrinárias havidas entre os constitucionalistas brasileiros e entre os constitucionalistas portugueses.

¹ MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 106. Importância ímpar está também referenciada por DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155.

A escolha pelo diálogo com a doutrina produzida no mencionado País ibérico se deveu não somente pela imensa semelhança entre os modelos jurisdicionais mistos de controle de constitucionalidade desenvolvidos no Brasil e em Portugal, fruto de uma histórica influência recíproca nas experiências constitucionais verificadas nestas duas ordens jurídicas, como também pela especial atenção que tem sido dispensada por alguns autores lusitanos, notadamente por Rui Medeiros e por Carlos Blanco de Moraes, acerca da temática da possibilidade de limitação dos efeitos tradicionalmente observáveis em decorrência das denominadas decisões positivas de inconstitucionalidade produzidas no controle concreto de constitucionalidade.

O percurso proposto pela vertente dissertação com vistas a confirmar ou não a hipótese central apresentada se iniciará com o enfrentamento, no primeiro capítulo, da internalização do dogma da nulidade da lei inconstitucional à tradição do constitucionalismo brasileiro, bem como dos problemas decorrentes da adoção indiscriminada dos efeitos *ex tunc* propugnados pelo referido axioma.

Neste propósito, após contextualizarmos o surgimento da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade no Brasil e explicarmos brevemente as principais feições deste paradigma de controle herdado do constitucionalismo estadunidense, passaremos à apresentação da conotação axiomática na qual vertida a teoria da nulidade para o pensamento jurídico que se difundiu no início do período republicano brasileiro e que influenciou fortemente não somente a doutrina como também a jurisprudência produzidas nas décadas que se seguiram.

Refletiremos, então, acerca dos problemas decorrentes da adoção indiscriminada dos efeitos *ex tunc* propugnados pelo dogma da nulidade para, após envidarmos um breve e necessário acordo semântico sobre os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos normativos, investigarmos, sob um enfoque crítico, as possíveis repercussões da inconstitucionalidade no âmbito da clássica fiscalização concreta-difusa de constitucionalidade aceita no Brasil.

O segundo capítulo da pesquisa se dedicará a investigar como os principais autores portugueses têm concebido a possibilidade de se limitar a invalidação retro-operante propugnada pela teoria da nulidade à luz da norma constante do art. 282, nº 4, da Constituição lusitana. Com vistas a concretizar este propósito, pareceu-nos indispensável tracejar previamente alguns apontamentos introdutórios sobre o controle de constitucionalidade desenvolvido em Portugal, mormente para que possa o leitor mais bem visualizar a semelhança global e algumas dessemelhanças pontuais observadas quando cotejado esse *standard* com o respectivo paradigma tupiniquim.

Vencida esta etapa preliminar, passaremos a investigar o tratamento da doutrina lusitana aos efeitos temporais decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade originária em Portugal.

Concluiremos o capítulo com o estudo da técnica da limitação dos efeitos retro-operantes decorrentes daqueles julgados, mecanismo que restou positivado, na esfera da fiscalização abstrata de constitucionalidade, mediante o nº 4 do art. 282 da Constituição portuguesa e praticamente copiado às escâncaras pelo legislador brasileiro.

Analisaremos, no terceiro capítulo da pesquisa, o paulatino fenômeno da relativização do dogma da nulidade da lei inconstitucional no Brasil, destacando as discussões sobre o tema historicamente havidas não somente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como também no âmbito do Poder Legislativo.

Após, centraremos o foco da pesquisa numa análise crítica sobre os principais aspectos que permeiam a denominada técnica de modulação dos efeitos temporais das decisões positivas de inconstitucionalidade prevista originariamente no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999.

Finalmente, o quarto e último capítulo do presente estudo se proporá a investigar, mediante a exposição e posterior cotejo crítico dos principais aportes doutrinários colhidos sobre o tema no Brasil e principalmente em Portugal, a questão do cabimento, no âmbito do controle concreto de constitucionalidade exercitável difusamente, da limitação dos efeitos tradicionalmente retro-operantes reconhecidos às decisões positivas de inconstitucionalidade no Brasil, enfatizando-se a análise da possibilidade de se reconhecer a extensão deste poder a quaisquer juízes ou tribunais.

Passemos, a partir de agora, à concretização dos objetivos propostos.

CAPÍTULO 1

A INTRODUÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E OS PROBLEMAS DECORRENTES DE SUA RÍGIDA ADOÇÃO

1.1 A internalização do dogma da nulidade da lei inconstitucional ao Direito brasileiro

1.1.1 Breves notas sobre o surgimento da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade no Brasil

A fiscalização jurisdicional de constitucionalidade surgiu, no Brasil, sob forte influência do constitucionalismo estadunidense, mais especificamente após a criação do chamado *judicial review* ou *judicial control*, modelo de controle cujas bases teóricas foram solidificadas e passaram a ser difundidas universalmente² a partir do célebre julgamento *Marbury versus Madison*³, em 1803, por obra do protagonismo de John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte.

Neste histórico julgamento, estabeleceu-se a competência do Poder Judiciário para

² Parte da doutrina costuma divisar manifestações anteriores do *judicial control* na jurisdição ordinária (justiças coloniais e alguns tribunais da confederação dos estados americanos), bem como no entendimento de alguns autores que “*remontam a origem da ideia aos tempos da revolução puritana, feita na Inglaterra, ou melhor aos artigos 24 e 38 do Instrumento of Government, e à conhecida doutrina de Edward Coke*”. BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 17-19. Não obstante, é lícito considerar o caso *Marbury versus Madison* como a primeira manifestação da Suprema Corte estadunidense sobre o *judicial review*. Neste sentido: “*Marbury is the first case in which the Supreme Court asserted that a federal court has power to refuse to give effect to congressional legislation if it is inconsistent with the Court’s interpretation of the Constitution*”. TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 207.

³ Em brevíssima síntese, o caso remete ao contexto político das eleições realizadas ao final do ano de 1800 nos Estados Unidos. O Presidente John Adams e seus aliados federalistas, uma vez derrotados pelos republicanos, engendraram uma forma de manutenção de poder político mediante a nomeação de inúmeros partidários para cargos no Poder Judiciário. Neste contexto, William Marbury foi nomeado juiz de Paz do distrito de Columbia, condado de Washington, nos últimos dias do governo Adams, não havendo, contudo, tempo hábil para a entrega de seu título de nomeação. Uma vez assumindo a presidência, o republicano Thomas Jefferson ordenou que seu Secretário de Estado, James Madison, negasse a investidura no cargo aos federalistas que ainda não houvessem recebido os títulos de nomeação, dentre eles Marbury, sob o entendimento de que a nomeação restaria incompleta antes do cumprimento desta formalidade. Marbury, então, postulou ordem de *mandamus* perante a Suprema Corte. O caso gerou grande expectativa política e havia uma opinião generalizada no sentido de que o governo republicano não cumpriria a ordem de nomeação, acaso concedida, o que enfraqueceria institucionalmente o Poder Judiciário e instabilizaria a relação entre os Poderes. Em acurada passagem, Lêda Boechat Rodrigues bem observa: “Enfrentava-se, assim, situação difícilíssima. Indeferir simplesmente o pedido seria, como observou o Prof. Crosskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a Lei Judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação era resultado insatisfatório. A Corte, de modo muito inteligente e hábil, procurou, então mascarar o recuo inevitável com um ato de afirmação contra o partido no poder. Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, assim decidiu: Madison, na realidade, agira ilegalmente ao negar posse a Marbury; e de acordo com os princípios aplicáveis da *common law*, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury. Não cabia, porém, o *Writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não podia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era assim inconstitucional e nulo o artigo 13 dessa lei”. RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema dos Estados Unidos e o Controle da Constitucionalidade das Leis. **Revista Forense**, vol. 165, mai/jun. 1956, p. 17-18.

aferir a compatibilidade entre os atos normativos emanados do Poder Legislativo e a Constituição, reconhecendo-se o poder-dever do juiz de negar aplicação às leis que se reputassem inconstitucionais na atividade hermenêutica desenvolvida pelo Judiciário⁴ com vistas à resolução de um caso concreto.

Não obstante os ventos que sopravam da porção setentrional do continente americano desde o início do século XIX, o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade não aportou imediatamente no Brasil.

No Direito brasileiro, a Constituição Imperial de 1824 não atribuiu ao Judiciário a competência para negar aplicação aos atos do Parlamento, ainda que contravenientes à Carta Constitucional⁵. Tal omissão era natural dada a forte influência, na elaboração da Carta brasileira, do constitucionalismo europeu. Neste sentido, importante ser ressaltado que não se concebia, em toda a Europa do Século XIX, um só exemplo de controle jurisdicional sobre os atos praticados pelos demais Poderes do Estado, residindo neste fato e na enorme influência do constitucionalismo europeu no Brasil de então talvez a melhor explicação sobre a inexistência da fiscalização de constitucionalidade cometida ao Judiciário⁶ nesta fase inicial do Direito pátrio.

Aliás, a Constituição Imperial consagrava expressamente ao Legislativo a função de guardião da Lei Maior, cumprindo-lhe elaborar as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las (art. 13 c/c o art. 15, 8º e 9º da Carta de 1824⁷), atribuição esta que era exercida com a sanção do Imperador, a quem competia o exercício do Poder Moderador, constitucionalmente incumbido da missão de preservar a independência, a harmonia e o equilíbrio entre os três clássicos Poderes.

Passado este primeiro momento da história constitucional brasileira, irrompeu uma nova fase no constitucionalismo pátrio com o advento da República, período no qual, sob a marcante influência de gênios como o de Ruy Barbosa, passou esta particular ramificação do Direito brasileiro a tributária do constitucionalismo norte-americano⁸ e de seu modelo de *judicial review*.

A doutrina majoritária costuma apontar, em nosso sentir de maneira correta, que o

⁴ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 36-37.

⁵ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 27.

⁶ NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

⁷ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

⁸ NUNES, op. cit.

judicial control se positivou, no Brasil, com a Constituição Provisória, de 22 de junho de 1890 (art. 58, §1º, alíneas *a* e *b*), bem como com o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 (art. 9º, parágrafo único, alíneas *a* e *c*)⁹, diploma ao qual competiu a organização da Justiça Federal. Ambos os diplomas citados estatuíram a competência do Supremo Tribunal Federal para realizar a fiscalização de constitucionalidade de determinados atos normativos.

A Constituição de 1891 reproduziu os preceitos referenciados nos dois Decretos acima apontados, igualmente prevendo a competência do Supremo Tribunal Federal (art. 59, §1º, alíneas *a* e *b*) para julgar recurso interposto nas hipóteses em que se questionar sobre a validade ou a aplicação de “tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos”, bem como “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, [...] e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”¹⁰.

Também possibilitaram a positivação do *judicial review* no ordenamento jurídico brasileiro outras modificações operadas pelo Magno Diploma de 1891, como: *i*) a extinção do Poder Moderador e *ii*) o disposto em seu art. 35, segundo o qual incumbiria ao Congresso, mas já “*não privativamente: 1º) Velar na guarda da Constituição*”¹¹, superando-se a outrora competência exclusiva atribuída a este Poder pela Carta Imperial.

Conquanto já não houvesse motivo para dúvidas relativamente à positivação da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, a Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, espancou qualquer hesitação ao prever, em seu art. 13, §10, que “os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”¹².

Consagrava-se, com o arcabouço normativo apresentado, a fiscalização concreta de constitucionalidade, por via de exceção¹³ e exercitável difusamente, no Direito brasileiro,

⁹ Neste sentido, apenas a título de exemplo: BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 28. Também neste sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 82-83; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22-23.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 fev. 2014.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 400.

¹² BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm>. Acesso em: 10 fev. 2014.

¹³ Neste ponto, faz-se necessário estabelecer um acordo semântico: quando nos referirmos à expressão controle “concreto” de constitucionalidade, ou, ainda, “difuso” ou “por via de exceção”, estaremos nos reportando à fiscalização de constitucionalidade exercitável, no Brasil, em caráter incidental, vale dizer, na condição de questão prejudicial para a resolução de uma lide, entendida esta como um conflito intersubjetivos de interesses

o qual posteriormente passaria a receber uma nova onda de influência do constitucionalismo europeu com a incorporação cumulativa da fiscalização por via de ação e realizada de maneira abstrata, calcada no denominado paradigma austríaco de controle.

Com vistas ao atendimento dos objetivos do presente estudo, passamos a explicar os caracteres principais do modelo de controle concreto-difuso de constitucionalidade, por via de exceção, enfatizando-se, posteriormente, a assunção da tese da nulidade da lei inconstitucional como um verdadeiro dogma no direito brasileiro.

1.1.2 Principais características do modelo norte-americano de fiscalização de constitucionalidade

Já se alertou que o modelo do *judicial review* restou consolidado e largamente difundido, em nível mundial, com o julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte.

O raciocínio linear e coerente esposado pelo *Chief Justice John Marshall*, corifeu deste célebre caso, levou em consideração que a todo e qualquer juiz é conferida a função de interpretar as leis, com vistas à resolução de um caso concreto posto ao seu crivo e, no exercício deste mister, uma das regras mais comezinhas de hermenêutica preconiza que, existindo um conflito entre duas leis, deverá o magistrado aplicar aquela prevalecente em detrimento da outra.

Na resolução deste confronto, é imperativo para o intérprete e aplicador do direito atentar se estão em contraste preceitos com igual força normativa, hipótese na qual deverá lançar mão dos tradicionais critérios *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*, ou se, ao revés, cuidar-se-ia de um conflito entre disposições com diferente *status* normativo, situação na qual o clássico critério indicado para a resolução do caso passa a ser o da *lex superior derogat inferiori*.

E é exatamente sob a constatação de que, nos países com Constituições rígidas, a norma constitucional prevalece sempre sobre a norma ordinária que lhe seja conflitante (postulado da supremacia constitucional¹⁴), que se concluiu que “qualquer juiz, encontrando-

deduzido em juízo. Muitas vezes utilizaremos igualmente a locução “controle concreto-difuso” para expressar esta situação. Já quando nos referirmos ao controle dito “abstrato” ou “principal”, faremos alusão à fiscalização de constitucionalidade exercitável “por via de ação”, ou seja, *in abstracto*, no qual a resolução da questão constitucional é o objeto principal da ação, a qual não envolverá, ao menos de forma imediata, o julgamento de pretensões intersubjetivas postas à apreciação do Judiciário. Destacando a existência de vozes contrárias às locuções “por via de exceção” e “questão prejudicial”, tradicionalmente aceitas pela doutrina majoritária: NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

¹⁴ Assume-se, na presente pesquisa, que a supremacia da Constituição ostenta a condição de uma metanorma,

se no dever de decidir um caso em que seja ‘relevante’ uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, *deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda*”¹⁵.

Isso porque, acaso a decisão vislumbrasse o vício de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, estar-se-iam validando efeitos produzidos em decorrência da edição de uma lei inconstitucional, o que revelaria, de acordo com a lógica esposada por Marshall, um rompimento com o postulado da supremacia da Constituição, visto que se estaria a reconhecer que, em certo lapso temporal, uma norma infraconstitucional se sobrepôs à Lei Maior, vulnerando impunemente suas prescrições¹⁶.

Pode-se afirmar, assim, que três grandes sustentáculos foram erigidos no discurso do *Chief Justice Marshall*: a) a supremacia da Constituição; b) a nulidade, com efeitos retrooperantes, da lei contraveniente ao Texto Magno e c) a competência do Judiciário como intérprete da Constituição¹⁷.

Não há dúvidas de que as bases estruturais do pensamento esposado por *Marshall* já se encontravam explicitadas por Alexander Hamilton, em sua clássica obra *O Federalista*:

Podem preservar-se limitações desta espécie na prática somente por meio de tribunais de justiça, aos quais incumbirá, como dever precípua, declarar nulos quaisquer atos contrários ao teor manifesto da Constituição. Sem isto, todas as ressalvas de direitos ou privilégios particulares de nada valeriam... Certa dúvida com relação ao direito dos tribunais de declararem nulos os atos do legislativo, por serem contrários à constituição resultou de supor-se que a doutrina importaria em superioridade do Judiciário sobre o Legislativo... A Constituição é, de fato, a lei fundamental, e os juízes assim a devem considerar. Cabe-lhes, portanto, fixar-lhe a significação tanto quanto a de qualquer ato especial proveniente do legislativo. Se acaso houver divergência irreconciliável entre os dois, ter-se-á de preferir a Constituição aos decretos. A intenção do povo a dos agentes¹⁸.

Em semelhante sentido, Ronaldo Poletti, sem negar a importância histórica de *Marbury versus Madison*, bem observa que a substância das ideias difundidas neste célebre

mais especificamente de um postulado normativo “que estrutura a aplicação de outras normas através da fixação de uma hierarquia e prescreve uma determinada forma de racionalidade, a de que a norma inferior não deve contrariar a norma superior. Algo como: *se a Constituição está acima de tudo, tudo que a contrarie não vale*”. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 66.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 75-76.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 102-103.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

¹⁸ HAMILTON, Alexander, 1788 apud NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

caso não somente já tinham sido ventiladas nos debates realizados por ocasião da Convenção de 1787 como igualmente já se discutia na jurisprudência ordinária dos Estados norte-americanos. Dentre outros exemplos, cita Poletti que “A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação”¹⁹.

Não obstante, conforme já salientado, foi com o paradigmático julgado assaz citado que se solidificaram as bases da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, passando o modelo em estudo a ostentar uma sistematização mais sólida e a servir de paradigma para outros países.

Quadra salientar, neste ponto, que, no âmbito do *judicial control* desenvolvido nos Estados Unidos da América do Norte, a verificação da compatibilidade da lei em face da Constituição Federal foi deferida a “todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais”²⁰, daí se afirmar seu caráter “difuso”.

Todavia, é sempre importante observar que aos órgãos jurisdicionais competentes para o exercício do *judicial control* não foi reconhecido um poder geral de veto da legislação do Congresso, oponível ao restante da coletividade, mas apenas o dever de não aplicar, com efeitos tradicionalmente retro-operantes e *inter partes*, a lei contrastante com a Constituição²¹.

Outro ponto importante já lembrado é que, diferentemente do modelo austríaco, a *judicial review* somente é lícitamente desenvolvida em caráter incidental ao objeto da lide, a título de questão prejudicial ao exame do pedido final do autor, o qual é geralmente vocacionado ao recebimento de um bem da vida.

Reside exatamente no âmbito do processo mediante o qual uma lei tem sua inconstitucionalidade proclamada pelo órgão competente, segundo afirma Kelsen, a maior diferença verificável entre os modelos norte-americano e austríaco de fiscalização de constitucionalidade²².

No modelo estadunidense, a *judicial review* dos atos do Legislativo somente se afigura possível no âmbito de uma relação processual “cujo objetivo principal não seja

¹⁹ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 25.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 76-77.

²¹ É bem verdade que a eficácia *inter partes* da decisão era temperada, no âmbito dos Estados Unidos, pela denominada regra do *stare decisis*, segundo a qual “*a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction*”. Ibid., p. 80. Jorge Amaury Maia Nunes nos traz a versão das lições de Cappelletti em vernáculo: “Uma decisão dada pela Corte Suprema em qualquer jurisdição obriga a todas as instâncias inferiores da mesma jurisdição a respeitá-la”. NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

²² KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 311.

estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional”²³.

Já no paradigma austríaco, fruto das elucubrações teóricas do Mestre de Vienna, um único órgão concentra a competência para julgar definitivamente sobre a constitucionalidade das leis, juízo este envidado de maneira abstrata, vale dizer, sem que se discuta qualquer caso concreto (o julgamento da lide seria atribuição do Tribunal *a quo*) e que revelaria, ao menos em sua concepção embrionária, não “propriamente uma *fiscalização judicial*, mas uma *função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa*”²⁴.

Com arrimo nos clássicos constitucionalistas norte-americanos e na doutrina de Ruy Barbosa, Alfredo Buzaid sistematizou didaticamente as principais características do modelo de fiscalização de constitucionalidade norte-americano, na forma de princípios retores do *judicial control*, são eles:

- a) O tribunal não se pronunciará sobre a constitucionalidade de uma lei, salvo em litígio regularmente submetido ao seu conhecimento;
- b) nenhum tribunal se manifestará sobre a validade de uma lei, senão quando isso for absolutamente necessário para a decisão do caso concreto;
- c) a declaração de inconstitucionalidade importa nulidade da lei, não no sentido de *revogá-la*, o que constitui função do poder legislativo, mas no sentido de lhe negar aplicação no caso concreto;
- d) o exame sobre a inconstitucionalidade representa *questão prejudicial*, não a *questão principal* debatida na causa; por isso o juiz não a decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*, pois ela não figura nunca como objeto do processo e dispositivo da sentença; e
- e) o tribunal só conhecerá da alegação de inconstitucionalidade, quando ela emanar de pessoa, cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei²⁵.

Importante ser destacada, a partir do presente ponto, a tradição da eficácia retrooperante da decretação de inconstitucionalidade propugnada pela teoria da nulidade, a qual foi assumida ainda na fase embrionária da criação do *judicial review* nos EUA e posteriormente incorporada praticamente como um dogma pelo constitucionalismo brasileiro observado a partir da fase republicana, por meio da influência dos constitucionalistas de então, notadamente das lições de Ruy Barbosa.

²³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 311.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 898-899.

²⁵ BUZOID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 22-24.

1.1.3 A introdução do dogma da nulidade da lei inconstitucional no Brasil

Já foi visto que a fiscalização concreta de constitucionalidade, atribuída difusamente a todos os órgãos jurisdicionais, foi adotada pela nova fase do constitucionalismo brasileiro observável de maneira mais hialina a partir da Constituição Republicana de 1891. Tal modelo permanece sem grandes inovações estruturais até os dias atuais²⁶, sendo o surgimento da competência do Senado para suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional²⁷ pelo Supremo Tribunal Federal e a cláusula de reserva de Plenário²⁸, as alterações mais significativas nesta via de controle desde então.

Quanto à segunda das alterações mencionadas, muito embora tenha surgido alguma hesitação doutrinária quanto à competência dos juízes singulares para continuarem a declarar a inconstitucionalidade das leis nos casos concretos, por ocasião da incorporação da denominada cláusula de reserva de Plenário, mediante o art. 179 da Constituição de 1934, o certo é que permaneceram tais órgãos jurisdicionais monocráticos “a declarar a inconstitucionalidade das leis, com a aquiescência dos tribunais, em jurisprudência pacífica, mantendo orientação que já vinha da Constituição de 1891, acobertada pela maioria da doutrina, tanto ao comentar esta Constituição, como a de 1934”²⁹.

Desta feita, desde o início de nossa tradição de controle difuso de constitucionalidade até os dias atuais, podem todos os órgãos que exercem função jurisdicional decretar a inconstitucionalidade da lei contrastante com a Constituição Política.

Afigura-se, ainda, da tradição do constitucionalismo brasileiro, que, no exercício do controle concreto de constitucionalidade, podem o autor, o réu e ainda qualquer terceiro interessado na relação processual suscitar a arguição de inconstitucionalidade. Uma vez

²⁶ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113.

²⁷ O art. 91, inciso IV, da Constituição de 1934, previu a competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, possibilitando-se, desta feita, a excepcional atribuição de efeitos *erga omnes* ao decreto judicial de inconstitucionalidade proferido no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Esta competência se encontra, hodiernamente, prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2014.

²⁸ Mecanismo previsto no art. 179 da Constituição de 1934, segundo o qual, somente pelo voto da maioria absoluta da totalidade de seus membros, poderiam os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. É, hoje, objeto do art. 97 da Constituição Republicana de 1988, que porta a seguinte redação: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Ibid.

²⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 159-164.

participando da lide, esta questão também poderá vir à baila mediante intervenção do Ministério Público³⁰.

Nada obstante, ainda que as partes ou o Ministério Público não aleguem a prejudicial de inconstitucionalidade, deve o magistrado, ao apreciar o caso concreto, por força do princípio *iura novit curia*, conhecer da eventual questão da contraveniência constitucional³¹.

O conhecimento de hipotética inconstitucionalidade no julgamento de um caso concreto cuida-se de um verdadeiro poder-dever do órgão jurisdicional. Neste diapasão, pontua Carlos Mário da Silva Velloso que “O controle difuso ocorre quando qualquer juiz ou tribunal tem o poder-dever de, diante do conflito entre o ato normativo e a Constituição, deixar de aplicar aquele em benefício desta”³².

Segundo observa Lúcio Bittencourt sobre o ponto:

a necessidade, porém, de existência de um *caso* ou *controvérsia real* não impede dizer que o juiz seja forçado a aguardar a alegação das partes para se manifestar sobre a eficácia da lei em face da Carta Constitucional [...] Efetivamente, só uma demanda real *dá ensejo* ao pronunciamento dos juízes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional. [...] Os juízes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso³³.

Assim, não se afigura no leque de possibilidades decisórias dos magistrados não se manifestarem sobre eventual inconstitucionalidade *in concreto*, ainda que esta questão não tenha sido levantada pelas partes ou pelo *Parquet*. Nas palavras de Pontes de Miranda: “É missão sua. É dever seu. Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso. A Constituição é lei, e não lhe é dado desconhecer as leis”³⁴.

Ainda nos termos da doutrina produzida no Brasil no início de sua fase republicana, a qual laborou sob as luzes da tradição estadunidense, a declaração de inconstitucionalidade tomada no controle de constitucionalidade concreto-difuso apenas revelaria uma pré-existente nulidade absoluta da lei contraveniente à Constituição, ato normativo esse que, segundo difundido na fase proemial do *judicial control*, se apresentaria ineficaz *ipso jure*³⁵.

³⁰ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 3/12/1997. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 42.

³¹ *Ibid.*, p. 42.

³² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1997, p. 152.

³³ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 113.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 608 e 613.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 119.

Neste sentido, Ruy Barbosa assim traduziu o cerne do pensamento desenvolvido por Marshall, nos Estados Unidos da América do Norte:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas, não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseguintemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Esta doutrina *está essencialmente ligada às Constituições escritas*, e, portanto, deve-se observar *como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade*³⁶.

Pois bem, a eficácia retro-operante da declaração de nulidade do ato inconstitucional, verificável de maneira hialina em *Marbury versus Madison*, foi observada como um verdadeiro dogma pela Suprema Corte estadunidense nas décadas que se seguiram, consoante se pode inferir, por exemplo, do julgamento do caso *Norton versus Shelby County*, ainda em 1886, no qual restou assentado que “*An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is in legal contemplation as inoperative as though it had never been passed*”³⁷.

Marcadamente influenciado por esta fase inicial do constitucionalismo estadunidense, Ruy Barbosa, sob o entendimento de que “*inconstitucionalidade importa nulidade*” (título de um dos capítulos de sua conhecida obra “Atos Inconstitucionais”), nos legou histórica lição:

³⁶ MARSHALL, John, 1803 apud BARBOSA, Ruy. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas, Russell Editores, 2004, p. 41. Na manifestação original do *Chief Justice*, lê-se: “*Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.*

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void.

This theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered by this court as one of the fundamental principles of our society”. EUA. Supreme Court of the United States. **Marbury versus Madison**. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em: 25 dez. 2013. Vê-se claramente que Ruy Barbosa traduziu a expressão “*void*”, utilizada pelo juiz Marshall, como “nulo”. Indicando que Ruy Barbosa teria traduzido a expressão “*null and void*” como “*nula e írrita*”: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, nº 220, p. 1-17, 2000, p. 3.

³⁷ EUA. Supreme Court of the United States. **Norton v. Shelby County**, 118 U.S. 425 (1886). Disponível em: <<http://supreme.vlex.com/vid/norton-v-shelby-county-20064265>>. Acesso em: 10 set. 2013. Tradução livre: “Um ato inconstitucional não é uma lei; ele não confere direitos; ele não impõe deveres; ele não confere proteção; ele não cria função; ele é, sob a perspectiva legal, tão ineficaz como se ele nunca tivesse sido aprovado”.

Mas, contrapostas uma a outra a Constituição e a lei, a qual das duas cabe a preponderância, e a qual a submissão?

A Constituição é ato da nação em atitude soberana de se constituir em si mesma. A Lei é ato do legislador em atitude secundária de executar a Constituição. A Constituição demarca os seus próprios poderes. A lei tem os seus poderes confinados pela Constituição. A Constituição é criatura do povo no exercício do poder constituinte. A lei, criatura do legislador como órgão da Constituição. A Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. A lei, o uso do mandato constitucional por um dos poderes instituídos na Constituição. Logo, em contravindo à Constituição, o ato legislativo não é lei; porque, transpondo a Constituição o legislador exorbita do seu mandato, destrói a origem do seu poder, falseia a delegação da sua autoridade.

Assim, entre um ato legislativo ilegítimo de nascença e a Constituição, cuja legitimidade nenhuma lei pode contestar, entre o ato nulo da legislatura e o ato supremo da soberania nacional, o juiz, para executar o segundo, nega execução ao primeiro³⁸.

Desta feita, ao interpretar os constitucionalistas norte-americanos, concluiu Ruy Barbosa que a questão da inconstitucionalidade, muito embora decorrente de um ato normativo que não seria lei (portanto “inexistente”), se resolveria na invalidade (nulidade) da norma contrastante ao Texto Magno.

Segundo asseverou expressamente Ruy Barbosa, “A Invalidade da ação dos poderes políticos fora do círculo dos textos constitucionais é o dogma cardeal do constitucionalismo americano. A evolução lógica deste dogma foi traçada admiravelmente por Marshall, o supremo expositor da Constituição americana”³⁹. Salta aos olhos a expressa recepção pelos ensinamentos de Ruy Barbosa da teoria da nulidade da lei inconstitucional como um verdadeiro dogma assumido pelo constitucionalismo norte americano de então.

Brevemente observados os contornos gerais da decisão de inconstitucionalidade para Ruy Barbosa, impende ressaltar que a doutrina brasileira é praticamente uníssona ao asseverar a marcante influência deste jurista no *turning point* referencial que se observou com a proclamação da República, no Brasil, período no qual verificada de maneira hialina uma maior abertura de nossos portos constitucionalistas aos influxos das produções doutrinária e jurisprudencial estadunidenses⁴⁰, notadamente no que se refere à internalização do denominado dogma da nulidade da lei inconstitucional⁴¹.

³⁸ BARBOSA, Ruy. **Commentários á Constituição Federal brasileira**. Vol. I. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932, p. 19-21.

³⁹ Id. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas, Russell Editores, 2004, p. 40.

⁴⁰ Neste sentido: NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo. POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 76.

⁴¹ Indicando a decisiva influência da Águia de Haia na internalização do dogma da nulidade da lei inconstitucional pela doutrina pátria: “inspirados em Rui Barbosa, diversos constitucionalistas brasileiros acataram como dogma a teoria da nulidade da lei inconstitucional, fundada no conhecido aforismo do direito norte-americano, segundo o qual ‘the unconstitutional statute is not law at all’”. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 37.

Neste diapasão, uma vez transposta para o pensamento jurídico nacional a ideia da nulidade da lei inconstitucional, com efeitos retro-operantes, este raciocínio, que passou a ser conhecido como “dogma da nulidade” ou “teoria da nulidade”, foi posteriormente reproduzido pelos autores clássicos da história constitucional brasileira como Castro Nunes⁴², Francisco Campos⁴³, Alfredo Buzaid⁴⁴, corrente doutrinária esta que se pode afirmar com segurança ser pertencente à tradição do direito constitucional brasileiro⁴⁵, principalmente, porquanto, consoante veremos a seguir, não demorou a ser incorporada à *praxis* de nossos tribunais.

Observaremos, adiante, que a teoria da nulidade da lei inconstitucional ainda é aplicada na fiscalização de constitucionalidade *in concreto* pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, ao menos como regra geral passível de uma progressiva flexibilização.

1.1.4 A clássica jurisprudência pátria sobre o tema

Por influência dos doutrinadores brasileiros de então, o dogma da nulidade da lei inconstitucional logo rompeu os lindes acadêmicos e alcançou grande penetração na esfera jurisprudencial pátria.

Neste sentido, o entendimento historicamente prevalecente no âmbito do Plenário do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) apontava que “os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são ‘ex tunc’, retroagindo, pois, até o nascimento do dispositivo legal acoimado daquele vício; por isso, a revogação da lei não impede que seja decretada a sua inconstitucionalidade”⁴⁶.

⁴² NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 588-589.

⁴³ “Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido”. CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**, vol. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 430.

⁴⁴ “Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente *declaratória*, não predominantemente *constitutiva*. A nulidade fere-a *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*”. BUZOID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 132.

⁴⁵ Neste sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 317-318, onde se observa que: “O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual ‘the unconstitutional statute is not law at all’, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição”.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. RTFR nº 129/75 apud DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173.

Esposando semelhante entendimento, Ivo Dantas noticia a existência de antigo julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), segundo o qual, por meio de seu Órgão Especial, decidiu-se, em 16/9/1988, no Ac. nº 940 que:

Um ato inconstitucional não é lei, não confere direitos, não estabelece deveres; não cria proteção; não institui encargos. É juridicamente considerado como se nunca tivesse existido. Uma lei inconstitucional é nula de pleno direito, antes e depois de declarada a sua inconstitucionalidade, o que legitima a recusa da autoridade a cumpri-la (Súmulas 346 e 473)⁴⁷.

A clássica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República⁴⁸, igualmente apontava pelo reconhecimento de efeitos *ex tunc* às decisões que, decretando inconstitucionalidades, fossem prolatadas tanto no âmbito da fiscalização concreta, exercitável difusamente por via de exceção, quanto, posteriormente, na fiscalização concentrada, por via de ação. Pode-se citar, no controle concreto-difuso, o julgamento, em 15/1/1960, do Recurso Extraordinário 35.370, Rel. Min. Cunha Vasconcelos, precedente que porta em sua ementa a afirmação no sentido de que “declarada a inconstitucionalidade de uma lei, ela alcança, inclusive, os atos do passado praticados com base nessa lei”⁴⁹.

Este entendimento da nulidade *ex tunc* da lei declarada inconstitucional prevalece no âmbito do Supremo Tribunal Federal há décadas, tendo sido reforçado após a introdução da fiscalização *in abstracto* de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965⁵⁰.

Não obstante, é possível identificar, na jurisprudência constitucional da Excelsa Corte, uma tentativa, lançada em 1977, de, com fulcro na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito estadunidense, fazer prevalecer a chamada teoria da anulabilidade da lei inconstitucional em detrimento da teoria da nulidade⁵¹.

⁴⁷ DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173.

⁴⁸ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e nº 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55.

⁴⁹ Na esfera da fiscalização difusa, Gilmar Ferreira Mendes lembra, ainda, o julgamento, pelo STF, do RMS 17.076, Rel. Min. Amaral Santos e do RE 103.619, Rel. Min. Oscar Corrêa. In: **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 322.

⁵⁰ Neste sentido, confira-se o julgamento pelo STF, em 03 de novembro de 1977, da Representação 971, na qual restou consignado na ementa que: “A decisão que em ação direta declara a inconstitucionalidade, tem efeito *ex tunc*” (destaque no original). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da Representação 971**. Plenário, Rel. Min. Djaci Falcão. DJ de 7/11/1978. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263746>>. Acesso em: 5 set. 2013. Igualmente adotando este entendimento: “A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 652**. Plenário, Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 2/4/1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>>. Acesso em: 6 set. 2013.

⁵¹ Confira-se o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento, pelo Plenário do STF, do RE 197.917: “Observe-se ainda que, na jurisprudência do STF pode-se identificar uma tímida

Ao julgar o Recurso Extraordinário 79.343, o então Ministro Relator, Leitão de Abreu, consignou em seu voto-condutor do julgado posicionamento calcado na doutrina kelseniana da mera anulabilidade da lei inconstitucional, a qual, uma vez regularmente editada, gozaria de presunção de constitucionalidade, sendo que sua aplicação às mais diversas situações jurídicas produziria efeitos que não se podiam simplesmente desconsiderar⁵².

Todavia, consoante alertado por Gilmar Ferreira Mendes, muito embora tenha ressalvado seu entendimento sobre a tese da anulabilidade da lei inconstitucional, ao julgar o RE 79.343, o Ministro Leitão de Abreu não aplicou naquele caso concreto a referida doutrina, visto que, ao celebrar o negócio jurídico analisado no julgamento, não teria o recorrido levado em conta a regra encartada no ato legislativo declarado inconstitucional, razão suficiente para se concluir que a argumentação construída em torno da tese da anulabilidade no citado julgado não passou de mero *obiter dictum*⁵³.

Em verdade, parece certo afirmar que o Supremo Tribunal Federal adota, ainda hoje, a premissa de que a nulidade da lei inconstitucional ostentaria envergadura constitucional⁵⁴, com o *status* de princípio constitucional implícito⁵⁵, entendimento este

tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 197.917**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, DJ de 7/5/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

⁵² Eis algumas palavras consignadas pelo Ministro Leitão de Abreu no voto que proferiu nos autos do RE 79.343: “Acertado se me afigura, também o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários de seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de se saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um ato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 79.343**. Segunda Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, DJ de 2/9/1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=174730>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 322.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 324. Com vistas a reforçar este entendimento, Gilmar Ferreira Mendes cita o julgamento, pelo STF, do RE 103.619, Rel. Min. Leitão de Abreu. *Ibid.*, p. 324.

⁵⁵ Ao proferir seu voto, no julgamento do RE 197.917, o Min. Gilmar Mendes consignou que “Diferentemente da posição externada por Leitão de Abreu, entendo que o princípio da nulidade enquanto cláusula não-escrita continua a ter plena aplicação entre nós. Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio

indubitavelmente compartilhado pela doutrina majoritária no Brasil⁵⁶.

Inobstante o entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência brasileiras, importa reconhecer a existência de algumas poucas vozes doutrinárias dissonantes ao menos do caráter declaratório e necessariamente retroativo das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas no controle de constitucionalidade abstrato desenvolvido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, na trilha do pensamento esposado, em nível internacional, por Kelsen e, na órbita da doutrina pátria, por Pontes de Miranda, Regina Maria Macedo Nery Ferrari entende que a inconstitucionalidade se afigura como uma decorrência da sanção imposta pelo órgão competente, devendo a norma ser considerada válida antes deste pronunciamento oficial, razão pela qual o ato normativo contraveniente à Constituição Política deve ser reputado como simplesmente anulável, bem como que se deva ter por constitutiva a sentença positiva de inconstitucionalidade⁵⁷. A autora em destaque entende:

[...] que estão com razão aqueles que, como Santamaria Pastor, afirmam que 'a nulidade de pleno direito contraria a realidade jurídica' já que a nulidade nunca se produz de modo automático, dependendo, sempre, em última análise, de um pronunciamento do titular desta competência, conforme dispõe o ordenamento jurídico.

Kelsen, ao analisar o problema da norma nula, afirma que a sua caracterização só pode existir conforme a ordem jurídica e que, para saber se uma norma preenche, segundo tal ordem, as condições de caracterização, é necessário a análise e a decisão de um órgão do Estado com competência assim determinada dentro do sistema, antes da qual não pode uma norma ser considerada nula *ab initio* e, conseqüentemente, incapaz de produzir efeitos jurídicos desde o seu nascimento. Sem este ato, e antes dele, o fenômeno em questão não pode ser considerado como nulo⁵⁸.

da nulidade da lei inconstitucional". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 197.917**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, DJ de 7/5/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 15 jan. 2014. Consta, igualmente, da ementa de acórdão mais recente proferido pelo Plenário do STF a afirmação de que "[...] 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 3.601 ED**. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe de 15/12/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

⁵⁶ Neste sentido, podem ser citados, a título de exemplo, os seguintes autores: SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 101-102. Ainda neste sentido, embora se referindo à nulidade da lei inconstitucional ora como princípio ora como postulado: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 326. Também esposando a opinião de que a nulidade da lei inconstitucional seria um princípio constitucional: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 245-246; LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. 2000. 205 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília.

⁵⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 88-101.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 88.

Também neste sentido, valente consignar o posicionamento de Jorge Amaury Maia Nunes, para quem se afiguraria lógico o argumento utilizado por Kelsen para defender a denominada tese da anulabilidade, no sentido de que a ordem jurídica admitiria a existência de regras inconstitucionais, “tanto que prevê o modo e a competência para rechaçá-las”⁵⁹.

Nada obstante, o certo é que ambos os autores citados, atentos à existência de uma vasta gama de situações não respondidas satisfatoriamente pela tradicional teoria da anulabilidade, não se comprometem com a tese de que a atribuição de efeitos *ex nunc* seria um consectário absoluto das sentenças constitutivas proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, admitindo, inclusive, e na senda do pensamento de Calamandrei, que, embora de natureza constitutiva, seria possível, em determinados casos, a atribuição de efeitos *ex tunc*.

Neste sentido, pontua Regina Maria Macedo Nery Ferrari que “a sentença que decreta a inconstitucionalidade tem caráter constitutivo – sem desprezarmos a carga declaratória própria de todas as sentenças – e que em determinados casos pode ter alcance *ex tunc*, já que normalmente deve ela operar *ex nunc* [...]”⁶⁰.

Por seu turno, Jorge Amaury Maia Nunes rejeita antagonismos tomados em termos absolutos, professando que não se deve “acolher, no seio da hermenêutica constitucional, uma teoria das anulabilidades, tal como concebida pela divisão dicotômica do Direito Civil e nem tampouco uma concepção de nulidade absoluta, caracterizada por uma incapacidade total, *ab initio*, de geração de efeitos”⁶¹.

Em que pese este contraponto verificado nas discussões que gravitam em torno da fiscalização abstrata de constitucionalidade, é importante observar que o objeto central desta obra é vertido para a análise da possibilidade de limitação dos efeitos tradicionalmente retro-operantes decorrentes de decisões positivas de inconstitucionalidade tomadas no exercício do denominado controle concreto de constitucionalidade exercitável difusamente no Brasil.

Desta feita, não cabe dentro dos fins da presente obra um aprofundamento acerca do tema da natureza jurídica da sentença que pronuncia decisões positivas de inconstitucionalidade, se declaratória ou constitutiva, até porque existe razoável consenso doutrinário, até mesmo entre as vozes que dissentem da doutrina tradicional quanto ao controle abstrato, no sentido de que, no âmbito do controle de constitucionalidade *in concreto*, exercitável pela via difusa, os efeitos oriundos das decisões positivas de inconstitucionalidade

⁵⁹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

⁶⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 101.

⁶¹ NUNES, op. cit.

devem “operar em relação ao caso concreto, e só em relação a ele, retroativamente, destruindo, dessa forma, os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, nos limites da *litis principal*”⁶².

Semelhante conclusão é igualmente compartilhada por Jorge Amaury Maia Nunes, que aceita a atribuição de efeitos *ex tunc* na órbita das decisões proferidas no controle concreto de constitucionalidade exercitável difusamente⁶³.

Em suma, independentemente do *nomen iuris* e da natureza jurídica que se atribua à decisão positiva de inconstitucionalidade tomada na via concreta de fiscalização de constitucionalidade exercitável no Brasil, há razoável consenso doutrinário no sentido de que a invalidação retro-operante, usualmente designada de decisão com efeitos *ex tunc*, é a consequência normalmente observável em face desses julgados concretos.

Assim, nos termos ora propostos, a questão que perpassa o interesse da presente pesquisa é saber se essa retroatividade pacificamente admitida, ao menos no que tange à fiscalização difusa exercitável no julgamento do caso concreto, deve ou não ser concebida em termos absolutos e, em caso negativo, quais órgãos jurisdicionais estariam autorizados, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a proceder a eventual limitação desta retro-operação de efeitos.

1.2 Os problemas decorrentes da adoção indiscriminada dos efeitos *ex tunc* propugnados pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional

Pelo que até aqui se registrou, por influência da concepção inicial do modelo de fiscalização de constitucionalidade engendrado nos Estados Unidos da América, a teoria da nulidade da lei inconstitucional, a qual preconiza uma invalidação com efeitos retro-operantes, foi incorporada ao pensamento jurídico nacional, sendo alçada à condição de dogma pela doutrina e pela jurisprudência pátrias que se seguiram à Constituição Republicana de 1891.

Ocorre que a rígida adoção deste paradigma inicial do *judicial control* não tardou a apresentar problemas de ordem prática. Isso porque, tal qual observado por Clèmerson Merlin Clève, “a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias”⁶⁴.

O principal problema decorrente da consideração em termos absolutos do

⁶² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 182.

⁶³ NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 255.

chamado dogma da nulidade da lei inconstitucional se revelou quanto aos efeitos produzidos sob a égide e por aplicação da lei contrastante com a Constituição.

Não tardaram a jurisprudência e a doutrina a observar que a tentativa de desconstituir o passado com fulcro no clássico axioma da “nulidade *ipso jure*” propugnado pela teoria da nulidade poderia redundar, inúmeras vezes, em problemas práticos de difícil ou impossível solução, até porque a pretensão de se apagar os efeitos produzidos sob a égide da lei inconstitucional, em várias situações, poderia conduzir a um agravamento do estado de malferimento ao Texto Magno, mormente em se considerando a força normativa e o *locus* constitucional da segurança jurídica nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Assim, por exemplo, guiados por seu espírito fortemente empírico, não tardou a própria jurisprudência dos Estados Unidos da América a reconhecer, em julgamentos que envolviam declarações de inconstitucionalidades, que “*The past cannot Always be erased by a new judicial declaration*”⁶⁵.

Conforme veremos, a criação do sistema austríaco de fiscalização de constitucionalidade por obra de Hans Kelsen, em 1920, posteriormente reformado em 1929, muito embora estruturado em torno da denominada fiscalização abstrata, ampliou o leque de consequências normativas provenientes do reconhecimento de uma inconstitucionalidade, substituindo, ao menos para o controle concentrado no Tribunal Constitucional austríaco, a denominada “teoria da nulidade” pela “teoria da anulabilidade”, a qual vislumbrou a regra da não-retroatividade das decisões do Tribunal Constitucional que reconhecessem inconstitucionalidades.

A ideia de segurança jurídica já aflorava no pensamento kelseniano acerca da jurisdição constitucional⁶⁶. Isto porque, tal qual ressaltado pelo constitucionalista português Carlos Blanco de Moraes ao analisar o cerne do sistema austríaco, “Em razão do princípio da certeza do Direito, não deveriam ser atribuídos, por regra, efeitos retroactivos à anulação, devendo pelo menos ficar intocados os actos emitidos ao seu abrigo”⁶⁷.

⁶⁵ Tradução livre: “O passado nem sempre poderá ser apagado por uma nova decisão judicial”: EUA. Supreme Court of the United States. **Chicot County Drainage Dist versus Baxter State Bank** (308 U.S. 371). Disponível em: <<http://openjurist.org/308/us/371/chicot-county-drainage-dist-v-baxter-state-bank>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

⁶⁶ “O ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da anulação”. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 145.

⁶⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade**. Tomo I, 2. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 291.

Igualmente será estudado mais à frente que, em Portugal, os problemas gerados pela adoção indiscriminada da teoria da nulidade reclamaram não somente a positivação de um mecanismo próprio de manipulação dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade, na esfera da fiscalização abstrata, como têm fomentado discussões na doutrina sobre os limites da teoria da nulidade no âmbito da via concreta de controle.

Também no Brasil pupularam manifestações contrárias ao caráter absoluto do dogma da nulidade assumido pela posição dominante.

Neste diapasão, Lúcio Bittencourt já afirmava, em 1949, a necessidade de se preservarem as relações jurídicas constituídas de boa-fé sob a égide da lei inconstitucional, defendendo, igualmente, a preservação da coisa soberanamente julgada, para arrematar ser “manifesto [...] que essa doutrina da eficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples decreto do Judiciário”⁶⁸.

Por sua vez, Maria Isabel Galotti argumenta, em semelhante sentido, com o ilustrativo caso de uma viúva que tenha percebido, por vários anos, uma pensão concedida com supedâneo em lei ulteriormente declarada inconstitucional ou, ainda, com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei que fundamentou a nomeação de funcionário público o qual, durante longo interstício, exercitou normalmente e sob a aparência de legitimidade sua função pública, tendo praticado inúmeros atos administrativos. Após exemplificar tais casos, a mencionada autora traz à baila importantes reflexões:

Como resolver esses casos em que uma norma jurídica foi pacificamente aplicada durante um longo período e depois declarada inconstitucional? De acordo com a doutrina tradicional, essa decisão teria o efeito de tornar inválidos todos os atos públicos e privados que se fundamentaram na lei considerada ineficaz. Seria justo, e mais ainda, viável, pretender-se que a viúva devolvesse o valor correspondente a todos os anos de pensão recebida, de que todos os atos praticados por esse funcionário em nome da administração fossem julgados inválidos, bem como fosse o mesmo obrigado a restituir os salários a que fez juz (SIC) pelo seu trabalho?⁶⁹.

Como será mais bem examinado nos capítulos subsequentes, a existência de situações deste jaez fez com que, tanto no Direito brasileiro quanto no Direito estrangeiro, fossem buscadas fórmulas alternativas ao absolutismo inerente ao dogma da nulidade com efeitos retro-operantes.

⁶⁸ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 148.

⁶⁹ GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 170, p. 18-40, out/dez 1987, p. 29.

Cumpra analisar, porém, se a teoria da nulidade e sua propugnada eficácia *ex tunc* se erigem em consequências inafastáveis da decisão positiva de inconstitucionalidade, situação na qual se revelaria grande dificuldade teórica de superação do dogma herdado do constitucionalismo estadunidense. Para tanto, afigura-se imperioso estabelecer um brevíssimo acordo semântico sobre os planos da existência, da validade e da eficácia das normas jurídicas.

1.3 Um necessário acordo semântico sobre os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos normativos passíveis de fiscalização de constitucionalidade

Com vistas a analisarmos a tese da invalidação necessariamente retro-operante inerente ao dogma da nulidade do ato normativo inconstitucional, insta envidarmos um breve acordo semântico sobre os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos normativos passíveis de fiscalização de constitucionalidade, até para que evitemos cair na armadilha do “silogismo tendencialmente tautológico” no qual incorreu a clássica doutrina sobre o tema, segundo observado por J. J. Gomes Canotilho:

A figura da inconstitucionalidade era considerada pela doutrina clássica como uma figura unitária, pois toda e qualquer lei denunciada como enfermando de *vícios* materiais, formais, orgânicos ou procedimentais, deveria considerar-se como *inconstitucional e*, conseqüentemente, nula *ipso iure*.

Daí o silogismo tendencialmente tautológico desta doutrina:

- 1) uma lei inconstitucional é nula;
- 2) uma lei é nula porque é inconstitucional;
- 3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade⁷⁰.

Alerte-se, desde já, que a definição de tais planos dos atos jurídicos em geral é um dos campos mais fecundos para dissensos filosóficos e dogmáticos cujo aprofundamento não se encontra dentro dos objetivos da presente pesquisa, razão pela qual se adotará convenção aceita por inúmeros doutrinadores pátrios, ao menos no que tange à transposição de tais postulados hauridos inicialmente do direito privado para o regime das inconstitucionalidades, com a ressalva de uma crítica pontual para o caso da fiscalização *in concreto*.

Após o alerta inicial, cumpre-nos observar que predomina a visão de que não se confundem os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos em geral e das normas jurídicas em especial. Analisemos brevemente qual o referencial adotado para se distinguir os três planos, apenas com vistas a convencionarmos o discurso desenvolvido na presente dissertação.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 948.

1.3.1 Plano da existência

Segundo Pontes de Miranda, a existência se constitui num *prius* em relação à validade. Nestes termos, com vistas a analisarmos se uma regra jurídica contraria ou não os ditames constitucionais no âmbito da validade, faz-se mister perscrutar inicialmente se aquela norma objeto da fiscalização de constitucionalidade simplesmente existe como norma jurídica⁷¹.

De acordo com a convenção que adotaremos, verifica-se ser existente um ato jurídico quando nele se puderem identificar seus pressupostos e elementos essenciais ou quando os elementos constantes afigurem-se minimamente identificáveis com os descritos pelo ordenamento jurídico como aptos à geração do ato⁷².

Segundo ensinamento de Jorge Amaury Maia Nunes, apoiando-se na doutrina de Calmon de Passos e de Marcelo Rebelo de Souza, serão considerados pressupostos “os dados subjetivos e objetivos que necessariamente devem encontrar-se previamente preenchidos para que haja ato (*in casu*, ato normativo, provindo do poder político)”, enquanto que os elementos ou requisitos se afigurariam como “os dados que integram a estrutura mesma do ato”⁷³.

A título de pressuposto subjetivo pode ser identificada a existência do sujeito; à guisa de pressuposto subjetivo-objetivado, a competência, isto é, uma especial atribuição do ordenamento jurídico para a realização do ato⁷⁴; enquanto que os denominados pressupostos objetivos abarcariam “situações de facto de cuja ocorrência depende a possibilidade de praticar um acto ou de o praticar com determinados contornos, conforme os pressupostos o são da liberdade de actuação ou da própria liberdade de conformação dos elementos do

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 553.

⁷² NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Muito embora se refira a “competência”, é importante, aqui, gizarmos a ressalva de Marcelo Rebelo de Souza no sentido de que “É inexistente o acto praticado por uma realidade que aparente ser um órgão do Estado que manifestamente não foi nunca criado; bem como o acto resultante de manifestação de vontade de um ou vários pretendentes titulares de um órgão, mas que evidentemente o não sejam, não havendo portanto imputabilidade da sua vontade psicológica ao órgão; e ainda o acto que derive da intervenção de um ou alguns dos titulares do órgão, mas sem patente preenchimento de requisitos essenciais de reunião e deliberação do aludido órgão (o que é naturalmente importante no caso de órgão colegial).

Todos esses actos são inexistentes se o vício verificado for patente, impedindo a identificação daqueles.

Também não há identificação orgânica mínima de um acto praticado por um órgão incompetente, se a incompetência se traduzir em usurpação de outra actividade ou função do Estado e essa usurpação for evidente, afastando a identificação do acto. Não se trata de mero vício de competência dentro da mesma função do Estado, caso em que, como veremos, o acto, em princípio, é inválido”. SOUZA, Marcelo Rebelo de, 1988 apud NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

acto”⁷⁵, sendo que esta última categoria não seria observada em todos os atos jurídicos, na visão de Marcelo Rebelo de Souza⁷⁶.

A título de elementos essenciais, podem-se identificar os denominados *subjetivos* (a vontade de produzir o ato), elementos objetivos (a forma e o conteúdo, isto é os procedimentos de elaboração do ato e o objeto do ato, substância da declaração e a realidade material sobre a qual o objeto incide) e elementos funcionais (o fim querido pelo ato)⁷⁷.

Tais pressupostos e elementos serão revelados pelo direito objetivo⁷⁸, podendo-se falar em inexistência (jurídica) “sempre que não for possível localizar no ato normativo a ser examinado ou os seus pressupostos ou os seus elementos essenciais ou onde os elementos constantes não sejam minimamente identificáveis com os descritos como aptos à geração do ato”⁷⁹.

Na qualidade de normas gerais e abstratas, o núcleo mínimo exigido para o ingresso das leis no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, seria “a promulgação como resultado de um processo legislativo na qualidade de mecanismo de introdução de normas por órgão que o sistema atribuiu competência”⁸⁰. Assim, no Brasil, seria inexistente uma lei emanada não mediante aprovação das Casas Legislativas⁸¹, mas pelo Poder Judiciário.

Calcado na doutrina ponteano, Marcos Bernardes de Mello assim arremata o tema da existência das normas jurídicas:

Em termos gerais, uma norma jurídica existe quando é promulgada pela autoridade competente, após realizados os trâmites prescritos para o processo legislativo por exemplo.

Os defeitos verificados durante o procedimento que visa a edição da norma jurídica – desde a iniciativa até a promulgação – via de regra têm conseqüências não no plano da existência, mas no plano da validade; quer dizer: a lei existe, mas é nula. Somente a ausência de promulgação parece afetar diretamente a existência⁸².

O próprio autor ressalva deste exemplo de normas jurídicas inexistentes, porém, o caso da atividade nomogenética na qual a ordem jurídica brasileira não exige a promulgação,

⁷⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

⁷⁶ SOUZA, Marcelo Rebelo de, 1988 apud NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

⁷⁷ NUNES, op. cit.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

⁷⁹ NUNES, op. cit.

⁸⁰ SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos Ferreira de. A decisão de inconstitucionalidade: um diálogo entre Pontes de Miranda e Marcelo Neves. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA, Roberto (Coord.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 131.

⁸¹ BARROSO, op. cit., p. 13.

⁸² MELLO, Marcos Bernardes de. A Lei Complementar sob a perspectiva da validade. In: BORGES, José Souto Maior. (Coord.). **Direito tributário moderno**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 64-65.

como se verifica, por exemplo, com as medidas provisórias e com os decretos, casos nos quais a existência valerá com a publicação⁸³.

Caracteriza-se, em suma, a existência, no entendimento que adotaremos na presente dissertação, quando um ato jurídico ou um ato normativo entra no mundo jurídico, podendo este ingresso ocorrer de forma regular ou não⁸⁴.

1.3.2 Plano da validade

Uma vez verificada a existência do ato, passa-se, na fiscalização de constitucionalidade, ao exame do plano da validade.

Assim, considerando que o ato normativo existe e que há um mesmo âmbito de vigência temporal com o ordenamento constitucional vigente⁸⁵, passa-se a verificar se esta existência se encontra em consonância com as prescrições constitucionais (ou seja, se é válida ou inválida).

Uma vez verificada a incompatibilidade do ato normativo com a norma que lhe serve de supedâneo lógico, verificar-se-á o desvalor da invalidade. Esta incompatibilidade tanto pode se verificar em face do conteúdo do ato normativo em cotejo com o preceito constitucional (tradicionalmente nominada de inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca) ou ainda ser fruto de uma contrariedade aos modelos de produção normativa previstos na Constituição (inconstitucionalidade formal ou extrínseca).

A conformidade exigida no plano da validade, portanto, não se identifica com o denominado “núcleo mínimo normativo”⁸⁶. A observância desse núcleo revelará os atos existentes (ou pertencentes ao ordenamento jurídico, na conhecida designação adotada, no Brasil, por Marcelo Neves) e somente após o preenchimento deste requisito é que se passará ao exame dos demais elementos complementares exigidos para a perfeição ou não do ato.

⁸³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.

⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, 1960 apud NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 41.

⁸⁵ No Brasil, a doutrina majoritária não aceita a denominada teoria da inconstitucionalidade superveniente, devendo existir parametricidade temporal entre o ato normativo objeto da fiscalização de constitucionalidade e o bloco de constitucionalidade. Assim, somente se admite, em regra, a fiscalização de constitucionalidade do ato normativo em face da Constituição sob cuja égide foi editado. Muito embora esta seja a posição tradicionalmente aceita, no Brasil, afigura-se importante destacar que a Lei nº 9.882, de 1999, art. 1º, parágrafo único, inciso I, a qual visou regulamentar o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), permitiu o exercício do controle abstrato de constitucionalidade de lei anterior à constituição vigente. Esta situação excepcional e circunscrita a esta especial modalidade de exercício da fiscalização *in abstracto* não se encontra dentro dos objetivos do presente estudo.

⁸⁶ SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos Ferreira de. A decisão de inconstitucionalidade: um diálogo entre Pontes de Miranda e Marcelo Neves. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA, Roberto (Coord.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 137.

É justamente a perfeita correlação estática (material) ou dinâmica (formal, relativa ao processo nomogénico) com estes elementos complementares previstos no ordenamento jurídico constitucional que determinará ser a norma válida ou inválida, respectivamente quando se observar ou não esta perfeição relacional com o ordenamento jurídico constitucional.

1.3.3 Plano da eficácia

Uma vez observada a higidez relacional tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material da norma jurídica com os denominados elementos complementares previstos na ordem fundante, verifica-se a validade da norma fundada, a qual, todavia, não se confunde com o plano da eficácia.

Em verdade, tanto atos válidos quanto atos inválidos podem possuir eficácia ou ineficácia⁸⁷.

Inobstante seu conteúdo polissêmico, a eficácia pode ser classificada em jurídica e social.

A eficácia jurídica, como remetido pela própria designação, é verificada no mundo juridicizado, condiz com a aptidão intrínseca da norma para produzir os efeitos jurídicos que lhe são próprios⁸⁸. Condiz este conceito, nas palavras de José Afonso da Silva, com a “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”⁸⁹.

Por seu turno, verificar-se-á a eficácia social ou pragmática não mais no mundo do direito, mas sim no mundo dos fatos, significando este conceito que uma dada conduta conforme a norma se verificou na ordem do ser, vale dizer à observação social de que a norma é obedecida e aplicada por seus destinatários⁹⁰.

Mas, afinal, em qual ou quais planos têm sido tradicionalmente concebido o fenômeno da inconstitucionalidade no âmbito da fiscalização de constitucionalidade *in concreto* de acordo com o pensamento jurídico prevalecente no Brasil?

⁸⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 55-56.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 55-56.

1.4 A inconstitucionalidade e sua consideração no âmbito da clássica fiscalização concreta-difusa de constitucionalidade aceita no Brasil de acordo com os planos da existência, da validade e da eficácia

1.4.1 A visão da inconstitucionalidade como um conceito relacional

A estruturação hierarquizada do ordenamento jurídico com a consideração da Constituição escrita como Lei Suprema (supremacia constitucional) conduz à questão da inconstitucionalidade das leis⁹¹.

Consoante já aventado, a doutrina tem definido como inconstitucional a lei que, implícita ou explicitamente, violar, no todo ou em parte, o conteúdo das prescrições contidas na Constituição⁹².

Em verdade, afigura-se procedente a crítica de Marcelo Neves no sentido de que a ideia de inconstitucionalidade denota não somente uma relação de incompatibilidade entre conteúdos normativos (constitucional e infraconstitucional), mas igualmente um contraste entre o procedimento nomogénico observado na edição do ato objeto da fiscalização com o conteúdo normativo (regulador do processo legislativo) emergente da Lei Maior. Na primeira hipótese, temos uma relação nomoestática de incompatibilidade normativa vertical, na segunda, uma relação nomodinâmica⁹³.

Nesta toada, é importante ser destacado o carácter relacional que tem sido atribuído mais recentemente ao conceito de inconstitucionalidade pela doutrina.

Segundo bem observa o constitucionalista português Jorge Miranda, o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade expressa uma situação relacional de cunho normativo e valorativo, vale dizer “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”⁹⁴.

⁹¹ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73.

⁹² “Inconstitucional, é, como é óbvio, a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição”. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 53; “Diz-se que uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição”. BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 43; “podemos conceituar como inconstitucional toda lei ou ato normativo do Poder Público que contrarie, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, a letra ou o espírito da Constituição”. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público**. São Paulo: LTr, 1985, p. 43; “A locução ‘constitucionalidade das leis’, consagrada na terminologia do Direito Público, exprime a compatibilidade daquelas com a Constituição, suscetível de se verificar, pelo confronto entre umas e outras [...]”. VIANNA, Ataliba Pereira. **A constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: [sn], 1947, p. 5.

⁹³ NEVES, op. cit., p. 74.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 310-311.

Também nesta senda, pontua Elival da Silva Ramos que “A inconstitucionalidade se estabelece a partir de uma relação de confronto entre dois termos, em que um deles atua como parâmetro em face de sua superioridade hierárquica, originando-se da *desconformidade* entre a lei subalterna e a Lei Suprema, desconformidade essa que pode dizer respeito ao processo de criação do ato infraconstitucional ou ao seu conteúdo normativo”⁹⁵.

O conceito de inconstitucionalidade até aqui em estudo se insere no denominado plano da validade, é dizer, diz respeito à verificação da parametricidade entre normas (tanto o objeto da fiscalização de constitucionalidade quanto o paradigma de confronto) pertencentes ao ordenamento jurídico (plano da existência) as quais são cotejadas pelo Estado-Juiz, com vistas a se aferir a eventual higidez das relações nomoestática e nomodinâmica de (in)compatibilidade normativa vertical entre elas.

Importante salientar que tem prevalecido na doutrina hodierna justamente esta tese, no sentido de que é no plano da validade que se concebe a pecha de inconstitucionalidade ao ato normativo objeto de fiscalização⁹⁶.

Em nosso sentir, é este conceito relacional e inserido no plano da validade normativa que melhor se encaixa dentro das pretensões universalizantes de um arquétipo que possa ser enquadrado na denominada Teoria Geral do Direito Constitucional, vale dizer, “uma construção teórica abrangente, que postula sua validade para todos os sistemas constitucionais rígidos”⁹⁷. E isto porque o conceito apresentado não se compromete com qualquer específica sanção que possa ser atribuída ao desvalor da inconstitucionalidade, a qual, conforme já destacado, não apresenta disciplina uniforme no Direito comparado, costumando assumir feições distintas em cada ordenamento jurídico.

Passemos a contextualizar estas possíveis sanções da inconstitucionalidade.

⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65.

⁹⁶ Neste sentido, apenas a título exemplificativo: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13; LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. 2000. 205 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, p. 41; muito embora prefira a acepção “pertinência” à tradicional expressão “existência”, Marcelo Neves chega a semelhante conclusão: “[...] cabe sustentar que a lei inconstitucional é norma pertinente invalidamente ao ordenamento jurídico estatal. Pertence porque pode retroair ao núcleo normativo originário, o qual estabelece os órgãos básicos da produção normativa. E, no seu caso específico, simplesmente porque regressa imediatamente ao núcleo constitucional que institui os órgãos básicos de criação normativa do sistema jurídico em vigor”. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 80.

⁹⁷ RAMOS, op. cit., p. 86.

1.4.2 Nulidade e anulabilidade como elementos extrínsecos ao conceito de inconstitucionalidade

O estudo do Direito comparado tem permitido à doutrina classificar os efeitos sancionatórios decorrentes da inconstitucionalidade em dois grandes grupos relativamente homogêneos: de um lado, observa-se uma variada gama de Países que adotam a sanção da nulidade como decorrência do decreto de inconstitucionalidade, enquanto que, num segundo bloco, vislumbram-se aqueles que adotam a tese da anulabilidade.

De acordo com as finalidades do presente trabalho, cumpre-nos tão-somente identificar os contornos básicos de tais regimes, segundo o entendimento que tem prevalecido sobre a matéria no âmbito da denominada Teoria Geral do Direito, com vistas a compreendermos a tradição jurídica herdada no Brasil e a eventual colocação do tema no domínio do controle concreto-difuso de constitucionalidade.

Nestes termos, nem sequer conceberemos os critérios classificatórios hauridos do Direito Civil para a distinção entre nulidades e anulabilidades, até para evitarmos incorrer no equívoco da inversão hermenêutica denunciada por Jorge Amaury Maia Nunes, consistente na interpretação da norma fundante de acordo com critérios estabelecidos pela norma fundada, em total desprestígio da supremacia constitucional⁹⁸.

Pois bem, de acordo com o constitucionalismo clássico, nulidade e anulabilidade têm sido concebidas nos mais variados ordenamentos jurídicos como pretensas sanções decorrentes, respectivamente, da declaração ou do reconhecimento de uma inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, com vistas a se restaurar a supremacia constitucional mediante um acertamento dos efeitos já ou a serem produzidos pelas decisões positivas de inconstitucionalidade.

Mauro Cappelletti confirma esta visão ao ensartar o estudo da nulidade e da anulabilidade no âmbito de sua “análise estrutural-comparativa dos modernos métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis sob o aspecto dos efeitos dos pronunciamentos”⁹⁹.

Passemos a uma breve exposição destas duas sanções tradicionalmente admitidas para os atos normativos contrários à Lei Maior.

⁹⁸ NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 115 et seq.

1.4.2.1 Breves notas sobre a teoria da nulidade

Sintetizando o que já expusemos sobre o tema, Elival da Silva Ramos professa que se pode inferir do estudo do Direito comparado que a ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional se coloca como uma característica básica da sanção de nulidade, ao lado da natureza declaratória da decisão positiva de inconstitucionalidade, com o que se pretende demonstrar que a sanção opera de pleno direito¹⁰⁰.

Assim, consoante defendido por esta perspectiva mais tradicional, emergente da experiência norte-americana, “a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* (‘null and void’) e, por isto, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional*”¹⁰¹.

Esta ineficácia denunciada por Cappelletti se consubstancia nos efeitos tradicionalmente retroativos ou *ex tunc* (dogma da retroatividade) comumente vinculados à sanção da nulidade, os quais, tal qual já exposto neste trabalho, busca fundamento na ideia de supremacia constitucional. Confirma-se, neste sentido, a clássica lição de Alfredo Buzaid:

Declarada a inconstitucionalidade, o efeito da sentença retroage *ex tunc* à data da publicação da lei ou ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado; ou, em outros termos, considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula”¹⁰².

Inobstante deite raízes no *judicial review* norte-americano, a teoria da nulidade se espalhou para outros Países, sendo admitida até no controle abstrato de constitucionalidade desenvolvido em inúmeros ordenamentos jurídicos como, por exemplo, o brasileiro e o português.

1.4.2.2 Breves apontamentos sobre a teoria da anulabilidade

Ao contrário da fiscalização difusa estabelecida no seio do sistema norte-americano, no denominado sistema austríaco de controle, fruto da construção teórica de Hans

¹⁰⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 115-116.

¹⁰² BUZOID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 137-138. Ainda neste sentido, aduz Luís Roberto Barroso: “se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria”. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

Kelsen, concebeu-se a figura de um Tribunal Constitucional (o *verfassungsgerichtshof*), onde se concentram as questões de inconstitucionalidade. Estas eram suscitadas, ao menos no regime inicial estatuído pela Constituição Austríaca de 1920, por órgãos políticos e de maneira absolutamente desvinculada de casos concretos¹⁰³.

Com a reforma constitucional operada em 1929, foram adicionados dois órgãos judiciários (a Suprema Corte e a Corte Administrativa) ao rol de legitimados para levantar a questão da inconstitucionalidade, hipóteses nas quais tais atores não instauravam a jurisdição constitucional “em via de ação”, mas apenas incidentalmente ao julgamento de casos concretos. Nova Reforma Constitucional, operada em 1975, fez com que esta faculdade se estendesse aos Tribunais de Apelação¹⁰⁴.

Para os fins da presente pesquisa, afigura-se importante fixarmos o aspecto dos efeitos dos pronunciamentos da inconstitucionalidade no âmbito do sistema austríaco.

Em absoluta fidelidade à doutrina Kelseniana, fixou-se, no sistema austríaco de controle, que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade o faz com caráter constitutivo e não declaratório¹⁰⁵, portanto, em sentido diverso do que defendido no *judicial review*.

Destarte, de acordo com o paradigma austríaco de controle de constitucionalidade, além de ostentar a decisão do Tribunal Constitucional efeitos gerais ou *erga omnes*, o ato normativo inconstitucional não se afiguraria como nulo de pleno direito, mas sim anulável, sendo considerado válido e operando efeitos regulares até a superveniência do ato de sua anulação, hipótese na qual se poderia conceber a eficácia *ex nunc* (a partir do julgamento) ou *pro futuro* (a partir de um momento futuro, determinado no julgamento).

Nada obstante, como já observado, mediante a Reforma Constitucional operada em 1929, criou-se um incidente de inconstitucionalidade por meio do qual se permitiu que o reconhecimento da mácula à Constituição operasse efeitos retroativos (*ex tunc*), relativamente ao caso concreto que deu origem à fiscalização de constitucionalidade. Entendeu-se, contudo, por caso concreto, não apenas a relação processual que deu azo à abertura incidental da fiscalização de constitucionalidade, abrangendo este conceito “os demais processos pendentes perante a Corte por ocasião do julgamento”¹⁰⁶.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 104-105.

¹⁰⁴ GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 170, p. 18-40, out/dez 1987, p. 21.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 307.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 577.

Visou-se, com tal modificação, superar-se o inconveniente do desestímulo das partes em alegarem a questão de inconstitucionalidade na abertura da fiscalização incidental. Afinal, se sequer para o caso concreto em julgamento a decisão do Tribunal Constitucional pudesse espalhar seus efeitos de forma retro-operante, de molde a solucionar adequadamente o conflito intersubjetivo de interesses que mediatamente motivou a provocação do exercício da jurisdição constitucional, afigurar-se-ia um nítido desinteresse das partes em discutir a questão da inconstitucionalidade¹⁰⁷. Foi esta incongruência que a Reforma Constitucional austríaca de 1929 buscou solucionar.

Em suma, no sistema concebido pelo Mestre de Vienna, o reconhecimento da inconstitucionalidade no âmbito da fiscalização concentrada, com eficácia espacial *erga omnes*, acarretaria a sanção da anulabilidade, em função da qual a lei inquinada de malferimento à Constituição produz seus normais e válidos efeitos até que o Poder Judiciário reconheça a pecha de inconstitucionalidade¹⁰⁸, excetuando-se os casos concretos em que eventualmente seja levantada a questão de contraveniência constitucional, hipóteses nas quais razões de ordem prática já estudadas ainda conduzem, em regra, à desconstituição retro-operante.

Esta eficácia retroativa, contudo, não implica a conclusão de que se admitiria a sanção de nulidade para o paradigma em estudo, tal qual concebida pelo constitucionalismo estadunidense. Isto porque, para a teoria pura do direito de Kelsen, a anulação decorrente do reconhecimento de uma inconstitucionalidade podia excepcionalmente produzir efeitos de forma retroativa:

Do que acima fica dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos [...] ¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Segundo observa Kelsen, “[...] se, por conseguinte, as autoridades tiverem de continuar a aplicá-la, não se poderá dispensar a autoridade requerente de aplicá-la ao caso concreto que provocou o pedido, o que diminuirá seu interesse a levar as leis inconstitucionais ao tribunal constitucional”. E conclui, no sentido de que, nesta abertura para a fiscalização incidental admitida pela lógica do sistema austríaco, se possa permitir “que o efeito retroativo desejável da sentença de anulação se produza sobre o caso que provocou o pedido, dando ao mesmo tempo ao órgão legislativo o prazo necessário para elaborar uma nova lei, que corresponda às exigências da Constituição”. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 178.

¹⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 91.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 306.

1.4.3 Considerações sobre o tema no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável difusamente: a sanção da privação de eficácia

Analisando-se os clássicos posicionamentos acima sintetizados acerca do aspecto temporal das decisões positivas de inconstitucionalidade, pode-se inferir que, muito embora decorrentes da eiva de malferimento à Constituição, a qual é verificada no plano da validade, as teorias da nulidade e da anulabilidade são instrumentos cunhados pelo operador do direito para corrigir eventuais consequências produzidas pela lei inconstitucional no plano da eficácia.

A inconstitucionalidade, portanto, muito embora se constitua num vício verificável no plano da validade normativa, tem postulado efeitos sancionatórios que se projetam no plano da eficácia¹¹⁰.

Em virtude da grande variedade de soluções positivadas e jurisprudenciais que apresentam em cada ordenamento jurídico, nulidade e anulabilidade podem ser licitamente consideradas como possibilidades consequenciais do decreto de contraveniência constitucional. Estas sanções, portanto, não integram um conceito de inconstitucionalidade que se revele pretensamente universal em Países que adotam Constituições escritas¹¹¹.

É, antes, na análise do ordenamento jurídico de cada País, que se deve buscar o regime sancionatório passível de ser aplicado pelos órgãos jurisdicionais ao verificarem a ocorrência de inconstitucionalidades.

Explicadas as vigas mestras das teorias da nulidade e da anulabilidade, importante refletir sobre a sanção geralmente cominada, no Brasil, como consequência das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas no âmbito da fiscalização concreta exercitável difusamente por quaisquer órgãos jurisdicionais.

Neste sentido, tal qual já salientado linhas atrás, foi justamente no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, inaugurado, no Brasil, sob os auspícios da Constituição Republicana de 1891, que se internalizou a denominada teoria da nulidade, até mesmo sob uma roupagem inicial verdadeiramente dogmática.

A tradição doutrinária e jurisprudencial em se adotar a sanção da nulidade na fiscalização concreta de constitucionalidade é, porém, questionável.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14-15.

¹¹¹ Comungando deste entendimento, Christina Aires Corrêa Lima assevera que “nulidade e anulabilidade são os efeitos que podem ser atribuídos à declaração de inconstitucionalidade proferida por um Tribunal. Sendo efeitos, estão naturalmente, fora do conceito de inconstitucionalidade”. LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. 2000. 205 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, p. 35.

Ora, afigura-se correntemente utilizado o raciocínio no sentido de que, no exercício da fiscalização concreta de constitucionalidade, pela via difusa, o juiz ou Tribunal “declara a nulidade” do ato normativo contrastante com a Constituição como questão incidental ao exame do objeto principal da causa. Essa “declaração de nulidade”, todavia, teria efeitos meramente *inter partes*.

Ocorre que, tecnicamente, essa nominada “declaração” incidental e *inter partes* da “nulidade” da lei inconstitucional redundará no mero reconhecimento judicial da inaplicabilidade episódica da lei incompatível com a Constituição no julgamento da lide (“é dizer, não admitir sua aplicação no caso concreto em que venha a ser discutida”¹¹²), até porque a lei continua sendo validamente aplicável e oponível *erga omnes*¹¹³. Esta inaplicabilidade se daria, de acordo com a lógica tradicional, de forma retroativa, alcançando e desconstituindo os atos praticados no passado sob o amparo da lei contraveniente ao Texto Magno.

Entendemos, portanto, com José Adércio Leite Sampaio, que, para o controle concreto de constitucionalidade, afigura-se “tecnicamente mais correto falar da inaplicabilidade do que nulidade, em face do alcance restrito ao caso concreto”¹¹⁴.

Tal qual já observado na presente pesquisa, no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade, inúmeros doutrinadores têm preferido mencionar que a lei contraveniente ao Texto Magno “não é aplicada” ou “é desaplicada” ao caso concreto em julgamento para exprimir o conhecido fenômeno da inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* e *inter partes*.

É de se observar, em complemento, que, segundo os princípios retores da fiscalização concreta de constitucionalidade, não aplicar a lei declarada inconstitucional para o caso concreto significará reconhecer-lhe ineficácia retro-operante e *inter partes*, ou, segundo expressão consagrada na doutrina de Carlos Blanco de Moraes que passaremos a adotar na presente dissertação, não aplicar uma lei inconstitucional ao caso concreto significa atribuir ao desvalor da invalidade o regime sancionatório da privação de eficácia¹¹⁵.

Isto porque, dizer que uma norma é “nula *ipso iure*” induz, em nosso sentir, a necessidade de que a norma declarada inconstitucional seja expulsa do ordenamento jurídico, não lhe sendo mais possível regular relações intersubjetivas, destituindo-a de produzir efeitos futuros¹¹⁶ em outros casos concretos. Algo, portanto, mais fiel às consequências preconizadas pelo regime jurídico do controle abstrato de constitucionalidade observável no Brasil.

¹¹² NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

¹¹³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 303.

¹¹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 239.

¹¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 826 et seq. Voltaremos ao tema no subitem 2.2.2.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 838.

E, ao contrário da invalidação retro-operante (que se entende em doutrina como uma decorrência da teoria da nulidade) aplicável no controle de constitucionalidade *in abstracto*, as normas reputadas inconstitucionais na esfera da via fiscalizatória concreta continuarão presentes no ordenamento jurídico, afigurando-se aptas, pois, a ser aplicadas a uma miríade de outros casos concretos.

Sobre o tema, trazemos à colação os ensinamentos de Carlos Blanco de Morais, para quem a norma inconstitucional:

é só uma e, como tal, não pode ficticiamente ser decomposta numa miríade de clones normativos presentes em cada julgamento, os quais seriam declarados nulos, ou não, no caso concreto, em função dos juízos de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade que fossem sendo proferidos. O que ocorre, quando o acto é julgado inconstitucional no caso concreto [...], é que a norma é julgada inválida naquele caso, fica ferida (embora não necessariamente de morte) por uma reacção sancionatória do ordenamento que a proíbe de projectar sua eficácia caso concreto (SIC), mas que não afecta a sua subsistência imediata no ordenamento, pese a sombra inerente a uma forte presunção ou suspeição quanto à sua inconstitucionalidade¹¹⁷.

Não obstante preferamos a expressão “privação de eficácia” como a sanção passível de ser aplicada no controle concreto de constitucionalidade brasileiro, em decorrência do desvalor da invalidade, o mais importante para os fins do presente trabalho é observarmos que mesmo os autores que assumem a sanção da nulidade na fiscalização concreta aceitam a ideia de que as decisões positivas de inconstitucionalidade devem operar efeitos *ex tunc*, vale dizer, retroativos à edição do ato possuidor da pecha de inconstitucionalidade¹¹⁸, fulminando de ineficácia todo o ato público ou privado que houver apresentado supedâneo nesta lei¹¹⁹.

Em outros termos, é atributo comum às figuras da nulidade e da privação de eficácia da norma inconstitucional a retroatividade dos efeitos sancionatórios¹²⁰, é dizer, ambas as correntes deságuam em idênticos efeitos práticos, razão pela qual Blanco chega a reconhecer um interesse meramente teórico-dogmático nesta separação entre os adeptos da sanção da nulidade e da privação de eficácia para o controle concreto de constitucionalidade¹²¹.

E é justamente a existência de limites a esta retroatividade dos efeitos sancionatórios, tradicionalmente denominados *ex tunc*, que se passará a aprofundar nos próximos capítulos, mediante um estudo comparado com os ensinamentos colhidos na

¹¹⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 840.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 122.

¹²⁰ MORAIS, op. cit., p. 835.

¹²¹ Ibid., p. 843.

doutrina portuguesa.

1.5 A ressalva das situações *a priori* desconectadas do dogma da nulidade da lei inconstitucional

Antes, porém, de adentrarmos no exame da temática da limitação dos efeitos retro-operantes decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade no Brasil e em Portugal, faz-se mister ressaltar o reconhecimento da doutrina mais recente acerca da existência de situações *ab initio* desconectadas da teoria da nulidade (assim como a por nós aceita sanção da privação de eficácia no controle concreto), as quais não serão objeto de aprofundamento na presente obra.

Nesta toada, vários doutrinadores têm observado mais recentemente que a ideia de nulidade da lei inconstitucional não poderá ser aplicada quando se demonstrar *ab initio* inidônea para sanear específicos vícios de inconstitucionalidade, como aqueles verificados nas situações de (i) omissão inconstitucional e na denominada (ii) exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade¹²².

Com efeito, é mister reconhecer que as relações intersubjetivas e o próprio Direito foram se complexificando desde o surgimento do dogma da nulidade, de tal molde que passaram a surgir situações absolutamente desconectadas da forma axiomática em que vertida a eficácia retro-operante da decisão de inconstitucionalidade, como se observou, por exemplo, na denominada tutela das omissões inconstitucionais, na qual a decretação da pecha de malferimento à Constituição não mais se contentava com a decretação de uma ineficácia retro-operante, exigindo sim uma correção *pro futuro*, uma prestação positiva com vistas a se superar o vício de inconstitucionalidade.

Fruto do paradigma do Estado Social de Direito, a atuação positiva do Estado passou ao nível de imposição constitucional nas mais diversas partes do Planeta, ao lado da antiga atuação negativa observável no período de *L'État Gendarme* e de seu paradigma liberal.

Nestes termos, a inércia estatal, principalmente relacionada a uma situação de silêncio legislativo, igualmente passou a manifestar situações de inconstitucionalidade, agora por omissão. Não obstante, como bem aponta o Professor Luís Roberto Barroso, nem todo silêncio legislativo redundará numa omissão inconstitucional. Esta somente se verificará “com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente,

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 563.

criando uma norma legal”¹²³, hipótese, por exemplo, verificada com as normas constitucionais de eficácia limitada.

Neste diapasão, ao exigir não a desconstituição de efeitos pretéritos da lei inconstitucional, mas sim a atuação positiva do estado com vistas a se corrigir a situação de contraveniência à Carta Política, as novas exigências constitucionais passaram a revelar fragilidades na antiga doutrina da eficácia retroativa, exigindo a possibilidade de afastamento apriorístico da clássica teoria da nulidade em algumas hipóteses.

No caso de omissão legislativa absoluta, não se pode, por exemplo, conceber quaisquer normas a serem suprimidas da ordem jurídica. Verifica-se, em verdade, uma situação de lacuna normativa contrária à Lei Maior¹²⁴.

Além da omissão inconstitucional total, também se mostra *ab initio* desconectada do denominado dogma da nulidade da lei inconstitucional a exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade.

Verifica-se a denominada exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, a qual costuma ser enquadrada sob a rubrica das denominadas omissões parciais, quando um ato normativo concede determinadas vantagens a um dado grupo ou segmento de destinatários, sem incluir outros que, em tese, ostentariam idênticas condições de usufruir das benesses concedidas¹²⁵. Tal exclusão pode se verificar mediante a concessão de benefícios tão-somente a um determinado grupo (exclusão concludente) ou quando o próprio ato normativo, ao passo que conceda o benefício a determinados destinatários, exclua determinados segmentos de sua fruição (exclusão explícita)¹²⁶.

Tal qual observa Gilmar Ferreira Mendes, desconsiderados os casos em que a exclusão seja decorrente de uma inequívoca exigência constitucional, “a lesão ao princípio da isonomia pode ser afastada de diversas maneiras: pela supressão do próprio benefício; pela inclusão dos grupos eventualmente discriminados ou até mediante a edição de uma nova

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 117.

¹²⁵ Clássico exemplo desta questão foi enfrentado pelo STF nos autos da apreciação de medida cautelar na ADI 526, intentada contra Medida Provisória que concedia aumento remuneratório a grande parte do funcionalismo público. Avulta o interesse pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual expôs o grave problema enfrentado pela Excelsa Corte quando da apreciação de ações daquele jaez, na qual a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória implicaria prejudicar “o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance”.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 592.

regra, que condicione a outorga de benefícios à observância de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade”¹²⁷.

Em casos como os acima expostos, observa-se de antemão a inadequação da tradicional invalidação cassatória do ato normativo que concedeu o benefício, porquanto tal providência suprimiria o próprio fundamento no qual se embasa a pretensão daquele que arguiu a inconstitucionalidade, não se atingindo os objetivos pretendidos ou suprimindo-se “algo mais do que a ofensa constitucional pretende eliminar”¹²⁸, de molde a agravar-se a situação de inconstitucionalidade¹²⁹.

Bem se observa que em ambas as hipóteses mencionadas verifica-se uma incompatibilidade *a priori* com a ideia de nulidade retro-operante da lei inconstitucional ou até da privação de eficácia no controle concreto, razão pela qual não serão objeto das considerações tecidas no vertente trabalho.

Dedicar-nos-emos, pois, a partir do presente momento, a estudar a possível existência de uma alternativa à invalidação retro-operante propugnada pela sanção da nulidade no controle de constitucionalidade *in abstracto* ou da sanção da privação de eficácia na fiscalização *in concreto* desenvolvidas no Brasil, a partir de um diálogo com a doutrina produzida em Portugal sobre o tema. Colhamos, inicialmente, os principais subsídios doutrinários hauridos no citado País ibérico.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 592.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 593-594.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 117.

CAPÍTULO 2

A POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL NO DIREITO LUSITANO

2.1 Alguns apontamentos introdutórios sobre a fiscalização de constitucionalidade em Portugal

2.1.1 Considerações iniciais

À semelhança do exemplo brasileiro, mas com algumas particularidades distintas, o controle jurisdicional de constitucionalidade em Portugal pode ser classificado como um sistema misto complexo¹³⁰, no qual coexistem as vias de controle de constitucionalidade concreta exercitável difusamente, cujas linhas estruturais são reveladas pelo *judicial review* desenvolvido nos Estados Unidos da América, e abstrata, sob a influência europeia do sistema austríaco de controle.

Acrescentando complexidade ao modelo lusitano, a Constituição de 1976, além de prever o controle abstrato sucessivo, inclusive das omissões inconstitucionais, consagrou, sob os influxos da experiência francesa, a possibilidade de instauração de um controle *in abstracto* de jaez preventivo e exercitável ainda durante o procedimento nomogénico.

O controle preventivo, que é concentrado no Tribunal Constitucional, é disciplinado principalmente pelos artigos 278 e 279 da Constituição portuguesa, apesar de também ser reportado por outros dispositivos da Lei Fundamental e da própria Lei nº 28, de 15 de novembro de 1982 – conhecida como Lei do Tribunal Constitucional (LTC)¹³¹.

Tal qual observa J. J. Gomes Canotilho, a decisão do Tribunal Constitucional, nesta espécie de controle, “não consiste na *anulação* de normas, mas sim na *proposta de veto* ou *reabertura do processo legislativo*”¹³².

Não cuidando esta espécie de fiscalização dos típicos efeitos invalidatórios (de maneira retroativa) decorrentes de uma decisão judicial de inconstitucionalidade ora estudados, não cabe, nos fins da presente dissertação, maiores considerações sobre o tema.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 917.

¹³¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 15-16.

¹³² CANOTILHO, op. cit., p. 918.

Além da fiscalização preventiva, a Constituição portuguesa de 1976 também positivou a competência exclusiva do Tribunal Constitucional para controlar as inconstitucionalidades por omissão.

A via fiscalizatória em apreço pode ser instaurada a requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, quando apresentar supedâneo na violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das Assembléias Legislativas destas regiões.

Competirá ao Tribunal Constitucional aferir eventual não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (art. 283, nº 1, da CRP). Em sendo proferida uma sentença positiva (verificação do estado de omissão inconstitucional), deverá a Excelsa Corte dar conhecimento desta situação ao órgão legislativo competente (art. 283, nº 2, da CRP), com vistas a que este possa implementar as medidas legislativas necessárias para tornar as normas constitucionais objeto do controle exequíveis¹³³.

Por se erigirem em situações *a priori* desconectadas do dogma da nulidade com efeitos retro-operantes da lei inconstitucional (vide item 1.5) a via fiscalizatória em estudo igualmente não se encaixa dentro das pretensões do vertente estudo.

Numa conclusão prefacial, podemos observar que a Constituição da República portuguesa consagra diferentes tipos de controle: *i*) o preventivo ou *a priori*; *ii*) o sucessivo de índole abstrata; *iii*) o sucessivo de jaez concreto e *iv*) o das inconstitucionalidades por omissão.

Passemos a explicar sucintamente o objeto do controle de constitucionalidade por ação em Portugal para, logo após, envidarmos uma breve exposição das principais características dos controles sucessivos abstrato e concreto que possam ajudar a mais bem contextualizar a específica discussão em torno do objeto da presente dissertação.

2.1.2 Objeto do controle de constitucionalidade por ação em Portugal

A Constituição portuguesa estabelece, em seu art. 277, nº 1, que o objeto do controle jurisdicional de constitucionalidade por ação desenvolvido em Portugal recai sobre as normas e não sobre específicos atos legislativos, ao contrário do que sucede no Brasil.

Todas as normas, porém, são objeto de fiscalização sucessiva em Portugal, “independentemente da sua natureza, da sua forma, da sua fonte e da sua hierarquia”¹³⁴.

¹³³ PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 932.

Desta feita, distintamente do que ocorre em outros países, o controle sucessivo de constitucionalidade desenvolvido neste País ibérico é extensível não somente aos denominados atos normativos primários, como também a atos normativos secundários (v.g., os regulamentos de execução normativa) e terciários (v.g., despachos normativos)¹³⁵, independentemente do veículo normativo em que figurem¹³⁶.

Atenta às disceptações doutrinárias de monta que se instauraram sobre o caráter normativo apto a instaurar a via fiscalizatória e tendo em vista uma série de questões concretamente aferíveis relativas a atos *a priori* desdotados de caráter normativo, mas igualmente com aptidão para malferir a Lei Fundamental, a Corte Constitucional lusitana passou a adotar um conceito funcional de norma, “de acordo com o qual todo o preceito inserido em acto legislativo, mesmo se individual e concreto, é passível de controlo pelos órgãos específicos de fiscalização”¹³⁷.

Em verdade, de acordo com o entendimento de jaez fortemente pragmático que vem sendo adotado pelo Tribunal Constitucional Português:

[...] são ‘normas’ quaisquer actos do poder público que contiverem uma ‘regra de conduta’ para os particulares ou para a Administração, um ‘critério de decisão para’ para esta última ou para o juiz ou, em geral, um ‘padrão de valoração de comportamento’. Trata-se, pois, de um conceito simultaneamente formal e funcional de norma, que não abrange somente os preceitos de natureza geral e abstracta, antes inclui quaisquer normas públicas, de eficácia externa, incluindo as que tiverem carácter individual e concreto, desde que constem de acto legislativo (dado que, neste caso, o único padrão de controlo ser a própria Constituição)¹³⁸.

Não se afigura possível, contudo, como bem observa Jorge Miranda, a fiscalização de outros tipos de atos dos poderes públicos, tais quais, *os*: *i*) atos políticos ou de governo, os quais se inserem no âmbito da responsabilidade política; *ii*) atos administrativos, os quais se sujeitam apenas ao controle de legalidade exercitável pelos Tribunais Administrativos e *iii*) atos jurisdicionais, os quais são objeto de recurso para os tribunais¹³⁹.

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 932.

¹³⁶ ALMEIDA, Luis Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. In: **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, p. 109-146 pt. 3, 1987, p. 117.

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 413.

¹³⁸ ARAÚJO, António de; BRITO, Luís Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias. Relatório português. In: **XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Bruxelas, Maio de 2002, p. 5. Disponível em: <<http://www.confueconstco.org/reports/rep-xii/Portugal-PT.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

¹³⁹ MIRANDA, op. cit., p. 414. Também neste sentido: USTÁRROZ, Elisa. A fiscalização de constitucionalidade em Portugal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2346>. Acesso em: 22 fev. 2014.

Não apenas as normas em vigor são passíveis de fiscalização de constitucionalidade como também o são aquelas revogadas, caducas ou suspensas, dada a aceitação em Portugal da denominada inconstitucionalidade superveniente¹⁴⁰.

2.1.3 Principais caracteres da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade concreta em Portugal

Passado um primeiro período evolutivo do controle de constitucionalidade em Portugal (1822 a 1911), no qual uma fiscalização de matiz puramente político dominou três sucessivas Constituições monárquicas¹⁴¹, o *judicial review* restou incorporado à Constituição Republicana de 1911, por meio de seu art. 63¹⁴², e a partir de forte influência do constitucionalismo brasileiro inaugurado com a Lei Maior de 1891¹⁴³, sendo verificável até os tempos atuais.

O sistema de controle concreto de constitucionalidade português, à semelhança do que se verifica no Brasil, adotou uma solução de compromisso entre o modelo estadunidense da *judicial review of legislation* (controle difuso) e o modelo austríaco de fiscalização concentrada (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), sendo usualmente caracterizado como “difuso na base e concentrado no topo”¹⁴⁴.

Diz-se que o sistema lusitano é “difuso na base”, porquanto, em Portugal, a competência para exercer o controle de constitucionalidade das normas é reconhecida a todos

¹⁴⁰ USTÁRROZ, Elisa. A fiscalização de constitucionalidade em Portugal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2346>. Acesso em: 22 fev. 2014.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 391.

¹⁴² Preceituava o art. 63 da Constituição portuguesa de 1911 que “O Poder Judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das corporações com autoridade pública, que tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados”. PORTUGAL. **Constituição de 21 de agosto de 1911**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 out 2013.

¹⁴³ Observa José Joaquim Gomes Canotilho que o “art. 63 da Constituição de 1911 representa a consagração formal do principio da *judicial review* dos actos legislativos desconformes com a constituição. Costuma ver-se no texto da primeira constituição republicana o rasto da constituição brasileira de 1891”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 914. Esposando semelhante conclusão: MIRANDA, op. cit., p. 392-393.

¹⁴⁴ ARAÚJO, António de; BRITO, Luís Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias. Relatório português. In: **XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Bruxelas, Maio de 2002, p. 3. Disponível em: <<http://www.confueconstco.org/reports/rep-xii/Portugal-PT.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

os tribunais, sejam eles judiciais, administrativos ou fiscais¹⁴⁵, podendo esta atribuição ser exercida mediante seus juízes singulares ou órgãos colegiados. Neste sentido, de acordo com o que prescrevem os arts. 204 e 277 da CRP¹⁴⁶, veda-se aos tribunais, nos feitos submetidos a seus julgamentos, a aplicação de normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Por seu turno, o sistema de controle concreto português é referido como concentrado no topo, uma vez que das decisões dos tribunais sobre questões constitucionais caberá recurso para o Tribunal Constitucional, Guardião da Constituição a quem competirá dar a última e definitiva significação à norma constitucional objeto de controle.

Importante consignar que a Constituição de Portugal cometeu outras atribuições à Corte Máxima lusitana como, por exemplo, a fiscalização da compatibilidade de quaisquer normas com os preceitos vazados nos estatutos das regiões autônomas, assim como o controle de legalidade das normas emanadas dos órgãos próprios destas regiões em face das leis gerais da República portuguesa, dentre outras funções.

Não obstante a existência de uma pletera de outras competências que lhe foram deferidas, é lícito afirmar que “o cerne da atividade e da própria razão de ser do Tribunal Constitucional se encontra relacionada com a fiscalização de constitucionalidade”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 917. Importante esclarecer que, em Portugal, diferentemente do que ocorre no Brasil, a primeira instância jurisdicional é colegiada, formada por tribunais. Ademais, segundo o art. 209, nº 1, da CRP, “Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas” (destacou-se). O nº 2 do citado artigo consagra, ainda, a possibilidade de serem criados tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Destaque-se que, em virtude de Portugal se constituir num Estado unitário (art. 6º da CRP), inexistente a possibilidade de constituição de tribunais de estados federados, tal qual ocorre no Brasil. A configuração atual da Constituição portuguesa não permite que sejam criados tribunais regionais sequer nos arquipélagos dos Açores e da Madeira, os quais constituem regiões autônomas dotadas de estatutos político-administrativos e de órgãos de governo próprio (art. 6º, nº 2, da CRP). PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013. Neste sentido: ARAÚJO, António de; BRITO, Luís Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias. Relatório português. In: **XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Bruxelas, Maio de 2002, p. 2-3. Disponível em: <<http://www.confeconstco.org/reports/rep-xii/Portugal-PT.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

¹⁴⁶ CRP. Art. 204. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”; “Art. 277. 1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. 2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”. PORTUGAL, op. cit.

¹⁴⁷ ALMEIDA, Luis Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. In: **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, p. 109-146 pt. 3, 1987, p. 112-113.

De acordo com a Constituição de Portugal, são três as decisões dos tribunais passíveis de recurso para o Tribunal Constitucional no âmbito da fiscalização concreta: *i*) as que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (art. 280, nº 1, “a”, da CRP); *ii*) as que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (art. 280, nº 1, “b”, da CRP) e, finalmente, *iii*) as que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional (art. 280, nº 5, da CRP)¹⁴⁸.

Os recursos interpostos para o Tribunal Constitucional no âmbito do contencioso constitucional (os denominados recursos de contitucionalidade¹⁴⁹) serão, todavia, restritos à questão da inconstitucionalidade (art. 280, nº 6, da CRP¹⁵⁰). É dizer, a decisão do Tribunal Constitucional no julgamento de tais recursos interpostos no âmbito da fiscalização concreta se limitará a aferir a eventual inconstitucionalidade da norma objeto da aferição, fazendo caso julgado quanto a esta questão prejudicial, mas não incursionando o Pretório Excelso no conhecimento da questão principal versada nos autos.

Nas hipóteses em que a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, bem como quando as decisões dos tribunais aplicarem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional, os recursos para este órgão máximo serão obrigatórios para o Ministério Público, consoante preconiza o art. 280, nº 4 e nº 5 da CRP¹⁵¹.

Importante observarmos que o objeto do recurso constitucional não será a decisão recorrida em si, mas sim a parte deste julgado que aplicou ao caso concreto uma norma cuja constitucionalidade era contestada ou negou aplicação a uma norma sob o fundamento de sua inconstitucionalidade. Assim, objeto do recurso será uma dada “norma a que se reporta a questão de inconstitucionalidade”¹⁵².

Muito embora ao Tribunal Constitucional não caiba a apreciação da questão principal, mas apenas a prejudicial de inconstitucionalidade, ressalvam a doutrina e este próprio Tribunal o caráter relativo da autonomia desta questão prejudicial. Destaca-se, nesta linha, que a decisão da prejudicial de inconstitucionalidade é sempre instrumental¹⁵³ em

¹⁴⁸ PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 989.

¹⁵⁰ PORTUGAL, op. cit.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² CANOTILHO, op. cit., p. 989.

¹⁵³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 12/83**. 2ª Secção. Rel. Cons. Messias Bento. J. 25/10/1983. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19830012.html>>. Acesso em:

relação ao julgamento da questão principal, razão pela qual se pacificou o entendimento do Tribunal Constitucional no sentido de que não se deve proferir decisões insuscetíveis de influenciarem o julgamento da questão principal¹⁵⁴ pelas cortes inferiores.

Assim, uma vez provido total ou parcialmente o recurso, diz-se que o Tribunal Constitucional revoga o julgado recorrido, cumprindo a este reformar a decisão ou ordenar que um tribunal inferior a reforme em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade (art. 80, nº 2, da Lei do Tribunal Constitucional – LTC)¹⁵⁵.

Observa-se que, ao contrário do Brasil, que adotou um sistema preponderantemente de substituição (inobstante a possibilidade de eventualmente a Excelsa Corte tupiniquim cassar os julgados recorridos e determinar o retorno dos autos para julgamento pelo Tribunal *a quo* com fulcro em um *error in procedendo*), Portugal trilhou a senda dos sistemas com perfil cassatório¹⁵⁶.

Em verdade, consoante bem analisado por Carlos Blanco de Moraes, são três os efeitos jurídicos que ordinariamente decorrem de uma sentença comum proferida pelo Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade de um ato normativo, ao conceder provimento, no âmbito da fiscalização difusa, a um recurso interposto em face de decisão do Tribunal *a quo* que havia reputado a norma constitucional: *i*) a “reforma da decisão recorrida pelo tribunal competente, de acordo com o julgamento realizado sobre a questão de inconstitucionalidade;” *ii*) a “força de caso julgado que envolve a decisão de inconstitucionalidade;” e *iii*) a “repristinação do direito revogado pela norma julgada inconstitucional”¹⁵⁷.

Vê-se, assim, que o sistema português não consagra o modelo do mero incidente de inconstitucionalidade, como ocorre, por exemplo, nos paradigmas italiano e alemão. Na fiscalização de constitucionalidade lusitana, assim como ocorre no ordenamento jurídico

15 jul. 2013; PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 250/86**. 2ª Secção. Rel. Cons. Messias Bento. J. 23/7/1986. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860250.html>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 449-450.

¹⁵⁵ PORTUGAL. **Lei nº 28, de 15 de novembro de 1982 (Lei do Tribunal Constitucional)**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0101.html>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

¹⁵⁶ Segundo observa Carlos Blanco de Moraes, no denominado “*sistema de substituição*, o tribunal ‘*ad quem*’, no caso de dar provimento ao recurso, profere uma decisão sobre a questão controvertida que substitui a sentença recorrida, subsidiarizando o papel do tribunal ‘*a quo*’”. Por sua vez, o “*sistema cassatório* implica que o tribunal ‘*ad quem*’, no caso de conceder provimento ao recurso, se limita a revogar ou anular a decisão recorrida e a devolver o processo ao tribunal ‘*a quo*’ para que a reformule em conformidade com o julgamento”. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 573.

¹⁵⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 826.

brasileiro, os tribunais exercem o poder-dever de acessar diretamente a Constituição, com ampla competência decisória, razão pela qual se costuma afirmar que, “no actual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem excepção, são *órgãos da justiça constitucional*”¹⁵⁸.

Importante pontuar, para os fins do presente estudo, que os tribunais apreciarão a questão constitucional não apenas por provocação das partes ou do Ministério Público como também poderão fazê-lo *ex officio*¹⁵⁹.

Já foram observados os efeitos provenientes da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional no controle concreto. E qual seria a consequência do exercício da fiscalização concreta pelos demais tribunais?

Segundo observa Jorge Miranda, o juízo positivo de inconstitucionalidade, que é exercitável por todos os tribunais, implicará a “não aplicação da norma (ou do segmento de norma) julgada inconstitucional”¹⁶⁰ ao caso concreto em julgamento. Voltaremos à importante questão dos efeitos da decisão positiva de inconstitucionalidade na fiscalização concreta lusitana mais à frente.

Ademais, sendo prejudicial, a questão de inconstitucionalidade somente deve ser conhecida e decidida na medida em que observada a existência de um nexu incidível entre ela e a lide submetida à apreciação do tribunal¹⁶¹.

Outro relevante e peculiar aspecto do controle concreto exercido em Portugal é a possibilidade de passagem da fiscalização incidental para a fiscalização direta e abstrata, na qual proferida uma decisão com força obrigatória geral, no sistema português. Cuida-se da hipótese do art. 281, nº 3, da CRP, segundo o qual o “Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”¹⁶².

Esta passagem da fiscalização concreta para a fiscalização abstrata, todavia, não ocorre de forma automática, dependendo de requerimento (por exemplo, do Ministério Público) para sua instauração¹⁶³.

Em tais casos de abertura para o controle abstrato em razão da reiteração de decisões tomadas na fiscalização concreta, não está o Tribunal Constitucional vinculado às

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 917.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 917.

¹⁶⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 438.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 439.

¹⁶² PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

¹⁶³ USTÁRROZ, Elisa. A fiscalização de constitucionalidade em Portugal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2346>. Acesso em: 22 fev. 2014.

decisões anteriores sobre a questão. Isto por um motivo simples. Normalmente, as decisões proferidas pela Excelsa Corte lusitana na via concreta são proferidas nas “secções”, órgãos fracionários do Tribunal¹⁶⁴, ao passo que competirá sempre ao Plenário o exercício da fiscalização abstrata. Com a intervenção plenária, é possível, pois, a superação do entendimento eventualmente tomado em uma das “secções”¹⁶⁵.

Não há prazo para postular que a Corte Constitucional declare a inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, podendo ser requerida a abertura desta especial via fiscalizatória relativamente a normas já revogadas ou ainda anteriores à Constituição ora vigente naquele País¹⁶⁶.

A fiscalização incidental de constitucionalidade em Portugal assume particular relevo quando se constata que “cerca de 90% (noventa por cento) das decisões do Tribunal não produzem efeitos quanto à invalidade de normas. São juízos para o caso concreto”¹⁶⁷.

2.1.4 Principais características da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade abstrata lusitana

A par da fiscalização concreta de constitucionalidade, a Constituição Portuguesa de 1976 igualmente consagrou um controle abstrato e exercitável, preventiva ou sucessivamente, de forma concentrada no Tribunal Constitucional.

Como visto, nos termos do art. 281, nº 1, da CRP, a fiscalização abstrata sucessiva se estende a toda e qualquer norma, o que, desde já, proíbe a instauração da via abstrata sobre atos que não ostentem caráter normativo, como por exemplo, os atos formalmente administrativos¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Segundo observa Carlos Blanco de Moraes, é possível, a título de exceção, que o Plenário da Corte Constitucional se manifeste na via do controle concreto por convocação do Presidente do Tribunal ou na hipótese de interposição de recurso para a uniformização de jurisprudência. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 572.

¹⁶⁵ ARAÚJO, António de; BRITO, Luís Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias. Relatório português. In: **XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Bruxelas, maio de 2002, p. 11. Disponível em: <<http://www.confueconstco.org/reports/rep-xii/Portugal-PT.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ AMARAL, Maria Lúcia. As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa. In: **Congresso luso-italiano de direito constitucional**, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: http://www.google.com.br/search?hl=ptR&source=hp&q=as+decis%C3%B5es+interm%C3%A9dias+na+jurisprud%C3%Aancia+constitucional+portuguesa&aq=f&aqi=&aql=&oq=&rlz=1R2ADFA_pt-BRBR373. Acesso em: 23 fev. 2014.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1005.

Não obstante, ao contrário da via concreta, no bojo da qual a apreciação da higidez constitucional dos atos normativos é aferida como uma questão prejudicial ao exame do mérito, na esfera da fiscalização abstrata sucessiva confunde-se a verificação de constitucionalidade com o próprio objeto principal do processo.

Cuida-se, portanto, de um processo sem partes, no qual não verificado um conflito intersubjetivo de interesses deduzido em juízo, mas sim uma relação de conformidade ou desconformidade, do ponto de vista formal ou material, da norma objeto de controle com o parâmetro constitucional.

Este controle se dá, portanto, sob a perspectiva de um interesse público e objetivo¹⁶⁹ de defesa da ordem constitucional, sendo instaurado, inclusive, por “sujeitos de natureza jurídico-pública (órgãos e titulares de órgãos)”¹⁷⁰.

O rol de legitimados à instauração da fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas está inserido no art. 281, nº 2, da CRP. À semelhança do que ocorre no direito brasileiro, este dispositivo separa a legitimidade processual ativa em duas categorias: *i*) os legitimados gerais, os quais podem suscitar a instauração do controle abstrato sobre quaisquer normas e por quaisquer fundamentos e *ii*) os legitimados especiais, os quais ostentam uma legitimidade ativa de caráter limitado à verificação de certos pressupostos objetivos (*v.g.*, a lesão de certos direitos regionais previstos pela Constituição), à ofensa de certos parâmetros normativos (*v.g.*, a violação de estatuto por ato legislativo) ou quando se reunirem determinados requisitos de fato e de direito (*v.g.*, como ocorre na hipótese de passagem da fiscalização concreta para a fiscalização abstrata pela repetição de três casos concretos)¹⁷¹.

Neste sentido, ao comparar as vias fiscalizatórias de constitucionalidade brasileira e lusitana, Elisa Ustárroz bem observa que:

Assim como no sistema brasileiro em que se identifica a existência de legitimados universais e legitimados restritos para a propositura das ações do controle concentrado, em Portugal se identifica um poder geral de iniciativa atribuído a determinados órgãos ou titulares de órgãos e um poder especial de iniciativa atribuído a certos órgãos e titulares de órgãos, dos quais se exige a vinculação entre o interesse objetivo de proteção da ordem jurídico-constitucional e um interesse em certa medida particularizado, porém sempre público.

¹⁶⁹ USTÁRROZ, Elisa. A fiscalização de constitucionalidade em Portugal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2346>. Acesso em: 22 fev. 2014.

¹⁷⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 156.

¹⁷¹ Id. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 162-163.

Em Portugal, são dotados de legitimidade geral os sujeitos constantes das alíneas *a* a *f* do nº 2 do art. 281 da CRP, quais sejam: *i*) o Presidente da República; *ii*) o Presidente da Assembleia da República; *iii*) o Primeiro-Ministro; *iv*) o Provedor de Justiça; *v*) o Procurador-Geral da República; *vi*) um décimo dos Deputados à Assembleia da República¹⁷².

Por sua vez, possuem legitimidade especial os sujeitos constantes da alínea *g* do nº 2 do art. 281 da CRP: *i*) os Representantes da República; *ii*) as Assembleias Legislativas das regiões autónomas; *iii*) os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas; *iv*) os presidentes dos Governos Regionais ou *v*) um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas¹⁷³.

Muito embora esteja o Tribunal Constitucional adstrito à apreciação das normas cuja instauração da via fiscalizatória de constitucionalidade foi requerida por um dos legitimados ativos (delimitação do objeto do pedido), afigura-se importante frisar, todavia, que o controle abstrato de constitucionalidade é desenvolvido mediante um “*processo objetivo sem contraditores*”¹⁷⁴.

Ademais, não há vinculação do Tribunal Constitucional à causa de pedir, mas apenas ao pedido, razão pela qual poderá a Excelsa Corte, no exercício da fiscalização, declarar a invalidade constitucional com base em um vício material ou formal diverso daquele indicado pelo legitimado ativo¹⁷⁵.

O requerimento inicial da apreciação da constitucionalidade, todavia, “não suspende a aplicação, a vigência ou a eficácia (como se queira) das normas impugnadas”¹⁷⁶.

Compete à Lei do Tribunal Constitucional disciplinar o processo pelo qual se desenvolve e se decide o controle abstrato de constitucionalidade em Portugal, não cabendo, porém, maiores comentários sobre o tema no objeto de estudo do presente trabalho.

Outro aspecto importante da via abstrata sucessiva lusitana, principalmente com vistas a distinguir esta espécie de controle em relação à via concreta, consiste em saber que as decisões positivas de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional, de acordo com o que

¹⁷² PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1007-1008.

¹⁷⁵ Neste sentido: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 31/84**. Plenário. Rel. Cons. Monteiro Diniz. J. 27/3/1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840031.html>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

¹⁷⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 478.

preceitua o art. 282, nº 1, da CRP, ostentam força obrigatória geral. Consoante observa J. J. Gomes Canotilho, costuma-se sintetizar o sentido desta fórmula com o socorro aos conceitos de vinculação geral (*Bindungswirkung*, na terminologia alemã) e de força de lei (*Gesetzeskraft*):

i) vinculação geral, porque as sentenças do TC declarativas da inconstitucionalidade [...] vinculam – mas apenas quanto à parte dispositiva das decisões e não quanto aos seus fundamentos determinantes, ou seja, *a ratio decidendi* – todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas; ii) força de lei, porque as sentenças *têm valor normativo* (como as leis) para todas as pessoas físicas e colectivas (e não apenas para os poderes públicos) juridicamente afectadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional¹⁷⁷.

Destarte, a locução “força de lei” deve ser compreendida como uma “<<força semelhante>> à da lei”¹⁷⁸. As decisões do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral devem ser publicadas no Diário da República, consoante prescreve o art. 119, nº 1, alínea g, da CRP.

Para os fins da presente pesquisa afigura-se importante centrarmos atenção no aspecto temporal dos efeitos emergentes das decisões do Tribunal Constitucional tomadas no exercício do controle de constitucionalidade. Passemos a analisá-lo, de acordo com as particularidades ínsitas a cada tipo de fiscalização exercida.

2.2 Os efeitos temporais da decisão positiva de inconstitucionalidade originária em Portugal

2.2.1 A sede constitucional da invalidação retro-operante das decisões positivas de inconstitucionalidade em relação à fiscalização abstrata sucessiva

Ao tratar da fiscalização abstrata sucessiva, a Lei Maior de Portugal estabelece o efeito invalidatório como a principal consequência do decreto de inconstitucionalidade, pelo que se torna clara a eleição pelo legislador constitucional lusitano da tese da eliminação retro-operante do ato normativo acoimado de inconstitucional para este especial tipo de controle¹⁷⁹.

Neste diapasão, dispõe o art. 282, nº 1, da Constituição Portuguesa que a “declaração de inconstitucionalidade [...] com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional [...] e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1009.

¹⁷⁸ Ibid., p. 1010.

¹⁷⁹ Ibid., p. 1012.

¹⁸⁰ PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

A partir da previsão constitucional suso-aludida, a doutrina portuguesa esclarece serem dois os efeitos típicos observáveis nas decisões de acolhimento¹⁸¹ de inconstitucionalidades originárias proferidas no âmbito do controle abstrato sucessivo de constitucionalidade: *i*) a “**nulidade ‘ipso jure’** da mesma norma, produzindo efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional”¹⁸² e *ii*) a “represtinação do direito revogado pela norma inconstitucional”¹⁸³. Interessa aos fins do presente trabalho mais o primeiro aspecto salientado.

Registre-se ser este o regime vigente para a hipótese de inconstitucionalidade originária, não sendo aplicável, contudo, à denominada inconstitucionalidade superveniente, situação na qual uma nova norma com *status* constitucional conflita com normas infraconstitucionais anteriores. Para estes casos, o art. 282, nº 2, da Constituição lusitana estabelece “um regime misto ou intermediário entre a eficácia *ex tunc* absoluta e a eficácia *ex nunc*”¹⁸⁴, no qual a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor da norma constitucional posterior.

Assim, a doutrina majoritária portuguesa compreende que, ordinariamente, como efeito da invalidação, foi adotada pela Constituição portuguesa a denominada teoria da nulidade¹⁸⁵, a qual preconiza a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, significando isto que a invalidação retrotrairá ao momento da entrada em vigor do ato normativo acoimado de inconstitucional e não apenas a partir do momento da declaração, proibindo-se, igualmente, a aplicação das normas reputadas inconstitucionais a situações ou relações jurídicas desenvolvidas à sombra de sua eficácia e que ainda não tenham se perfectibilizado¹⁸⁶.

As implicações da nulidade, no âmbito da fiscalização abstrata sucessiva lusitana, são sintetizadas por Carlos Blanco de Moraes:

¹⁸¹ Consoante observa Carlos Blanco de Moraes, “As decisões de acolhimento são aquelas que julgam procedente a pretensão contida no pedido, no sentido da inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma sindicada”. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 182.

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1013. Neste sentido: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 488.

¹⁸³ MORAIS, op. cit., p. 183.

¹⁸⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 1013.

¹⁸⁵ Neste sentido, conclui Carlos Blanco de Moraes que “o desvalor da invalidade das normas declaradas inconstitucionais ou ilegais com força obrigatória geral é reprimido no sistema português com a sanção da nulidade”. MORAIS, op. cit., p. 194.

¹⁸⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 1013. Também neste sentido: MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 539.

- i) A expulsão da norma inconstitucional do ordenamento, com a consequente impossibilidade de revivescência;
- ii) A cessão imediata de efeitos futuros, a partir do momento de publicação da decisão de invalidade (Ac. nº 143/2002, de 9-4), decorrendo dessa cessação imperativa, uma regra proibitiva da sua aplicação pelos poderes públicos e privados;
- iii) A regra da eliminação de todos efeitos passados que não tenham transitado em julgado, ressalvadas as situações previstas nos nºs 2, 3 e 4 do art. 282¹⁸⁷.

Não restam dúvidas de que o legislador constituinte português acabou por positivizar a visão doutrinária a qual, por conceber a Constituição como fundamento de validade das normas objeto de fiscalização de constitucionalidade, preconiza o dever de a Lei Fundamental “prevalecer incondicionalmente desde o momento em que esta é emitida ou em que ocorre a contradição ou desconformidade, e não apenas desde o instante em que a contradição é reconhecida”¹⁸⁸.

Não obstante, a própria Constituição portuguesa abre exceções à regra da invalidação retro-operante ao ressaltar desta fórmula geral, por exemplo, em seu art. 282, nº 3¹⁸⁹, a intangibilidade dos casos julgados. Tal ressalva opera de maneira autônoma e automática, afigurando-se despiciendo que haja uma declaração explícita e em cada caso por parte do Tribunal¹⁹⁰.

Jorge Miranda observa que a exceção do caso julgado, “garante, pois, a autoridade própria dos tribunais como órgãos de soberania aos quais compete <<administrar a justiça em nome do povo>> (art. 205, nº 1), assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados (art. 205, nº 2)”¹⁹¹.

Não obstante, ressalta o Mestre de Lisboa que a *ultima ratio* desta regra de exceção constitucionalmente prevista não seria o princípio da separação de poderes, mas sim a exigência do princípio material da segurança jurídica¹⁹².

¹⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 196.

¹⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 489. Esposando semelhante conclusão: MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 538.

¹⁸⁹ “CRP. Art. 282. [...] 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”. PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

¹⁹⁰ ALMEIDA, Luis Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. In: **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, p. 109-146 pt. 3, 1987, p. 138.

¹⁹¹ MIRANDA, op. cit., p. 493.

¹⁹² Ibid., p. 494.

O legislador constitucional, todavia, houve por bem excepcionar a própria regra excepcional da intangibilidade do “caso julgado”, ao enunciar a possibilidade de o Tribunal Constitucional proferir decisões que não se enquadrem nesta ressalva quando a norma objeto da fiscalização respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido (art. 282, nº 3, *in fine*, da CRP)¹⁹³.

A exceção em estudo encontra-se em consonância com a norma inserta no art. 29, nº 4, da Constituição Portuguesa, nos termos da qual ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais grave do que a prevista no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, devendo, outrossim, ser aplicada de maneira retroativa as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido¹⁹⁴.

Podemos concluir este tópico observando a existência de um entendimento prevalecente na doutrina lusitana, no sentido de se conceber a denominada nulidade com efeitos retroativos como uma sanção-regra imposta pelo sistema constitucional português¹⁹⁵, a qual, todavia, é passível de ser excepcionada em hipóteses inclusive previstas na própria Constituição.

2.2.2 A “desaplicação” da norma inválida na fiscalização concreta

O controle concreto de constitucionalidade de normas jurídicas consagra, para a doutrina portuguesa, o poder-dever de fiscalização dos juízes (*judicial review*) relativamente a normas que se devem aplicar ou não a um dado caso concreto¹⁹⁶.

Acerca da qualificação jurídica da sanção do ato inconstitucional, predomina, no constitucionalismo português, a visão no sentido de se enquadrar como nulo o desvalor jurídico ostentado pelos atos normativos inquinados de inconstitucionalidade¹⁹⁷, situação a qual, uma vez vislumbrada pelo juiz, no julgamento do caso concreto, conduziria à não-aplicação da norma objeto da fiscalização¹⁹⁸.

¹⁹³ PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

¹⁹⁴ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 139.

¹⁹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 299.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 983.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 983.

¹⁹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 372-373.

Neste sentido, evoluindo em posição anteriormente adotada, Rui Medeiros destaca que “o regime de fiscalização difusa consagrado constitucionalmente traduz [...] o reconhecimento da prevalência do interesse público de garantia da constitucionalidade sobre os demais interesses em jogo, confirmando assim a qualificação de nulidade atribuída à lei inconstitucional”¹⁹⁹.

Consoante já observado, adotando uma posição cientemente contra-majoritária à tese da nulidade do ato inconstitucional no controle concreto, Carlos Blanco de Moraes defende que, no âmbito desta via fiscalizatória desenvolvida em Portugal, mas igualmente aplicável a outros Países, a sanção invalidatória decorrente de uma decisão positiva de inconstitucionalidade se traduziria “na *privação de eficácia* e não na *nulidade*”²⁰⁰.

Em termos concretos, a “desaplicação” da norma contraveniente à Constituição defendida pelo autor implicaria a mera ineficácia jurídica concreta, vale dizer a paralisação *ex tunc* da eficácia da norma acoimada de invalidade constitucional apenas no caso *sub judice*²⁰¹.

O principal fundamento trazido ao debate por Blanco com vistas a defender a sanção de privação de eficácia com efeitos *ex tunc* do ato normativo inconstitucional aponta para a ausência de verossimilhança da tese da nulidade ante a constatação de que a norma desaplicada num determinado caso concreto continua a regular validamente outras situações jurídicas, inclusive sendo possível que outras esferas de jurisdição a julguem conforme a Constituição em outros casos concretos²⁰².

Tal ineficácia não se constituiria, todavia, no desvalor em si do ato inconstitucional. Saliencia o autor que o desvalor do ato julgado inconstitucional seria a invalidade da norma jurídica objeto do controle. E esta invalidade poderia implicar a observância de diferentes regimes sancionatórios, sendo uma destas formas a adoção, na fiscalização concreta, da privação de eficácia com efeitos sancionatórios retro-operantes²⁰³.

Pode-se concluir com Carlos Blanco de Moraes que duas são as decorrências da norma prevista no art. 282, nº 1, da Constituição da República Portuguesa no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade: *i*) o desvalor da invalidade e *ii*) a sanção da privação de eficácia do ato normativo acoimado de inconstitucional na sua subsunção a uma

¹⁹⁹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 276.

²⁰⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 826.

²⁰¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade. Tomo I. 2. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 244.

²⁰² Ibid., p. 242.

²⁰³ Bloqueia-se de forma *ex tunc* a aptidão para produção de efeitos jurídicos no caso concreto. Ibid., p. 244-245.

situação singular²⁰⁴. Em outros termos, a “norma inválida é ‘desaplicada’ com efeitos sancionatórios retroactivos, no caso concreto ‘sub iudicio’, por força de decisão no sentido da inconstitucionalidade [...]”²⁰⁵.

Importante ser destacado que, muito embora o art. 282, nº 1, da Constituição de Portugal atrele a regra da retroatividade às decisões proferidas com força obrigatória geral, parece indiscutível, na doutrina lusitana, que os motivos que conduziram o legislador constituinte português a engendrar a regra dos efeitos *ex tunc* a propósito da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral valem tanto na fiscalização abstrata sucessiva quanto no controle concreto. Assim, pode-se afirmar que, no âmbito da “fiscalização sucessiva, todas as decisões de inconstitucionalidade originária têm, portanto, eficácia retroactiva”²⁰⁶.

Salientando a importância da verificação dos efeitos práticos adotados em decorrência de cada regime sancionatório, bem observa Carlos Blanco de Moraes não se constituir a tese da nulidade no âmbito da fiscalização concreta numa questão essencial, “dado que o que importa fixar é o regime sancionatório positivo do acto julgado inconstitucional num caso singular, e este é virtualmente idêntico, quer se adopte a tese da *invalidade-nulidade*, ou da *invalidade-ineficácia*” por ele defendida²⁰⁷.

O autor chega, inclusive, a mencionar que o debate acadêmico que se trava entre estas duas posições revelaria “um interesse puramente teórico-dogmático”²⁰⁸, dado o regime sancionatório retro-operante, decorrente do desvalor da inconstitucionalidade, aceito por ambas as posições para o julgamento do caso concreto (eficácia retroativa *inter partes*, eliminando-se os efeitos produzidos à sombra de uma norma julgada inválida com base em uma ofensa à Constituição aferível no caso concreto²⁰⁹).

Por sua vez, muito embora aceite a tese da nulidade como uma verdadeira regra vigente no sistema português de controle de constitucionalidade, ressalva Rui Medeiros a absoluta compatibilidade da tese da eficácia retro-operante da decisão de inconstitucionalidade também com a visão de uma norma meramente anulável, visto que esta

²⁰⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 826.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 826.

²⁰⁶ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 539.

²⁰⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade. Tomo I, 2. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 241.

²⁰⁸ *Id.* **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 843.

²⁰⁹ *Id.* **Justiça constitucional**: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade. Tomo I, 2. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 251.

apresentaria uma eficácia meramente precária, inobstante seja originariamente inválida, não existindo óbice para que aqueles efeitos sejam destruídos de maneira retroativa²¹⁰.

Observa-se, em conclusão, a ênfase que tem sido atribuída, na doutrina lusitana, ao que podemos denominar de regime da ineficácia retro-operante para o caso concreto, como ponto de intersecção prática entre diferentes visões acerca das consequências advindas da fiscalização concreta de constitucionalidade.

2.3 A técnica da limitação dos efeitos retro-operantes das decisões positivas de inconstitucionalidade positivada no nº 4 do art. 282 da Constituição portuguesa

2.3.1 Breve introito

Tal qual observa Rui Medeiros, há três diferentes maneiras de se enfrentar os problemas nefastos decorrentes da inconstitucionalidade: não aplicar a norma inconstitucional, porquanto *salus publica suprema lex*; aplicar a norma inconstitucional no raciocínio *fiat iustitia, pereat mundus*, ou ainda, aplicar a norma inconstitucional evitando os efeitos nocivos que daí podem advir²¹¹.

Em Portugal, a opção pela terceira via é de conhecimento generalizado, deitando raízes históricas. Em abono a esta afirmação, noticia Jorge Miranda que:

Quer a Assembleia Nacional da Constituição de 1933, quer o Conselho de Estado da Lei nº 3/74, quer o Conselho da Revolução da Lei nº 5/75, tinham o poder para fixar os efeitos da inconstitucionalidade; não já o Conselho da Revolução do texto de 1976. Mas tem-no o Tribunal Constitucional. E enquanto que esse poder surgira com grande amplitude na Constituição de 1933 e nas duas leis constitucionais revolucionárias, agora ele é definido de harmonia com critérios materiais²¹².

Os critérios materiais acima mencionados foram positivados por intermédio da revisão constitucional operada em 1982, mediante a qual se instituiu o Tribunal Constitucional e se introduziu o preceito insculpido no art. 282, nº 4, da Constituição da República portuguesa, segundo o qual, “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com

²¹⁰ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 538-539.

²¹¹ Ibid., p. 674.

²¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 502.

alcance mais restrito do que o previsto nos n^{os} 1 e 2”²¹³.

De acordo com o magistério de Jorge Miranda, a possibilidade de “fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar”²¹⁴, igualmente evitando que o Tribunal Constitucional, com vistas a se evadir aos efeitos demasiadamente perniciosos da decretação da inconstitucionalidade, viesse a não decidir pela verificação do estado de inconstitucionalidade²¹⁵.

No exercício da competência estabelecida pelo art. 282, n^o 4, da Constituição portuguesa, defende Carlos Blanco de Moraes que a sentença proferida pelo Tribunal Constitucional português opere “efeitos constitutivos sobre a produtividade sancionatória gerada pela declaração de invalidade”²¹⁶, muito embora o mais importante, para os fins do presente trabalho, seja a conclusão quanto à possibilidade de restrição temporal, no todo ou em parte, dos efeitos sancionatórios com caráter retroativo da norma inconstitucional permitida pelo referido instrumento previsto na Constituição lusitana²¹⁷.

No âmbito da prática jurisprudencial adotada pelo Tribunal Constitucional português, cumpre observar que a doutrina tem apontado certa utilização excessiva do mecanismo, neste sentido, aponta Rui Medeiros que:

[...] é grande a percentagem de declarações de inconstitucionalidade em que ocorre uma limitação de efeitos. Entre 1983 a 1986, quase um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral tiveram efeitos restritos. Se se alargar este horizonte até meados de 1988, verifica-se que houve dezoito decisões de restrição de efeitos em 67 declarações de inconstitucionalidade. O quadro não se altera no período entre 1989 e 1997. Pelas nossas contas, nas cerca de noventa declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral proferidas neste período, mais de vinte foram acompanhadas de uma limitação de efeitos. E, pondo de lado as mais de quarenta declarações de inconstitucionalidade com base em controlo concreto (n^o 3 do artigo 281 da Constituição, onde raramente ocorreu

²¹³ Importante lembrarmos as redações dos n^{os} 1 e 2 do art. 282 da Constituição Portuguesa: “CRP. Art. 282. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última”. PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013. Advertimos que o caso de inconstitucionalidade superveniente, previsto no n^o 2 acima colacionado, não se encontra dentro dos objetivos do trabalho, que se volta para a aferição de inconstitucionalidade quando verificada a denominada parametricidade entre o objeto de controle e o aspecto temporal do bloco de constitucionalidade. Para aprofundamento em relação à situação de inconstitucionalidade superveniente em Portugal e a possibilidade de limitação de efeitos, vide a obra de MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

²¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 500.

²¹⁵ Ibid, p. 501.

²¹⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 282.

²¹⁷ Ibid., p. 281.

limitação de efeitos, verifica-se que, entre 1989 e 1997, houve, pelo menos, dezoito limitações de efeitos em cerca de cinquenta declarações de inconstitucionalidades²¹⁸.

Importante salientar, ainda, que a eventual limitação dos efeitos procedida pelo Tribunal Constitucional português, em se tratando de decisões com força obrigatória geral, vincula todos os tribunais a adotá-la²¹⁹.

2.3.2 Pressupostos materiais previstos no art. 282, nº 4, da CRP

J. J. Gomes Canotilho entende que a abertura para a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em estudo possibilita ao Tribunal Constitucional lusitano “exercer poderes tendencialmente normativos”²²⁰. A afirmação é parcialmente refutada por Jorge Miranda, para quem os critérios materiais da segurança jurídica e da equidade ainda se conteriam no domínio da jurisdição, reconhecendo, porém, o domínio político no qual laborado o “interesse público de excepcional relevo”.

Nestes termos, segundo o magistério de Jorge Miranda, no processo de ponderação dos efeitos produzidos sob a égide da lei inconstitucional, indica a Constituição Lusitana, “razões estritamente jurídicas – a segurança e a equidade, a primeira de incidência mais objectiva, a segunda de incidência mais subjectiva – e uma razão não estritamente jurídica – interesse público de excepcional relevo, e, por isso, este interesse tem de ser fundamentado”²²¹.

Predomina, contudo, a visão de que, ao laborar com o instrumental previsto no art. 282, nº 4, da Constituição portuguesa, os critérios materiais emergentes do Texto Constitucional devem ser reconduzidos a valores e finalidades constitucionalmente tutelados. Sobre o tema, ao comentar o critério do “interesse público de excepcional relevo”, aduz Carlos Blanco de Moraes que:

²¹⁸ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 689. José Joaquim Gomes Canotilho também entende estar o Tribunal Constitucional lusitano aproveitando “de forma excessiva” o mecanismo em estudo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1017, no que é seguido por Jorge Miranda, que aponta a “vasta aplicação” do dispositivo. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 504.

²¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 506. Em semelhante sentido: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 189/90**. 1ª Secção. Rel. Cons. Monteiro Diniz. J. 7/6/1990. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900189.html>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1017.

²²¹ MIRANDA, op. cit., p. 503.

A politicidade instrumental que resulta deste tipo de pressuposto de modelação das decisões do Tribunal Constitucional, se bem que permita um alargamento significativo da margem estimativa do Tribunal para dosear e orientar os efeitos repressivos das suas sentenças de acolhimento, não é, contudo, sinónimo de delegação de poderes políticos no máximo órgão de Justiça Constitucional.

Neste sentido, aceita-se a ideia, já há muito desenvolvida na doutrina italiana, de que os interesses públicos a salvaguardar na manipulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade devem vincular-se à prossecução de valores e fins protegidos pela Constituição²²².

De posse desta importante conclusão, que vem predominando na doutrina mais recente, quanto à necessidade de que as decisões positivas de inconstitucionalidade se reconduzam a valores constitucionalmente albergados com vistas a restringir os efeitos temporais normalmente observáveis com o decreto de inconstitucionalidade, cumpre envidarmos uma breve contextualização doutrinária quanto a cada um dos pressupostos materiais constantes do art. 282, n.º 4, da Constituição de Portugal.

2.3.2.1 A segurança jurídica

A segurança jurídica mencionada pelo art. 282, n.º 4, da CRP, ostenta inegável dignidade constitucional para a doutrina portuguesa, manifestando-se como uma decorrência do princípio da segurança jurídica, o qual, por sua vez, traduziria uma forma de concretização da ideia de Estado de Direito²²³.

Conforme pontua Carlos Blanco de Moraes, o recurso a este pressuposto material para a aplicação da restrição de efeitos implicaria um sopesamento entre dois valores impactantes no caso concreto.

Numa primeira ordem de ideias, avultaria a importância do princípio da constitucionalidade, o qual demandaria, mediante a sanção de nulidade, o restabelecimento do *status quo* existente antes da vigência da norma inconstitucional, através de um mecanismo de retro-operação eficaz.

²²² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 291. Adotando semelhante posição, consigna Rui Medeiros que “o n.º 4 do artigo 282 da Constituição, com a referência ao interesse público de excepcional relevo, adopta um conceito indeterminado para abarcar todos os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade. Ou seja, e por outras palavras, é na própria Constituição, enquanto *tetê de chapitre* do ordenamento, que residem os fundamentos da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 710.

²²³ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 704-705.

Por outro lado, avultaria em importância a “necessidade da salvaguarda da *paz jurídica e das legítimas expectativas das pessoas* na subsistência de situações estabilizadas e geradas por actos e contratos formados em execução, ou no respeito da norma inconstitucional e cuja destruição poderia impor sacrifícios materialmente infundados, exorbitantes ou desnecessários”²²⁴.

Duas seriam as dimensões da segurança jurídica que podem ser chamadas como supedâneo à limitação dos efeitos temporais usualmente observáveis a partir de uma declaração de inconstitucionalidade: *i*) uma dimensão intangível, a qual prevalece sempre *ope constitutionis*, mediante a garantia de respeito aos denominados “casos julgados” estatuída pelo art. 282, nº 3, da CRP), bem como uma *ii*) dimensão essencialmente variável, justamente a prevista no art. 282, nº 4, da CRP, a prevalecer “sempre que o carácter gravoso dos sacrifícios que produza ofendam mais a Constituição (através de uma depreciação severa do princípio da segurança jurídica), do que o grau de lesão que a subsistência de certos efeitos não válidos da norma inconstitucional causaria ao princípio da constitucionalidade”²²⁵.

A realidade empírica tem demonstrado ser a segurança jurídica o fundamento mais utilizado pelo Tribunal Constitucional português para limitar os efeitos retroativos virtualmente decorrentes de suas decisões positivas de inconstitucionalidades, imunizando aos efeitos retro-operantes do regime da nulidade determinadas situações jurídicas passadas que reclamem estabilidade²²⁶.

2.3.2.2 A equidade

Destaca Rui Medeiros que a preocupação do legislador constitucional com a equidade, também conhecida como justiça do caso concreto, afigurar-se-ia em coerência com o preceituado no art. 1º da CRP²²⁷, que prescreve o empenho da República Portuguesa na

²²⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 286-287.

²²⁵ Ibid., p. 287.

²²⁶ Ibid., p. 287. Corroborando esta conclusão: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 308/93**. Plenário. Rel. Cons. Sousa Brito. J. 20/4/1993. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930308.html>>. Acesso em: 14 ago. 2013; PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 394/93**. Plenário. Rel. Vítor Nunes de Almeida. J. 16/6/1993. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930394.html>>. Acesso em: 14 ago. 2013; PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 61/2004**. Plenário. Rel. Mário Torres. J. 27/1/2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040061.html>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²²⁷ “CRP. Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

construção de uma sociedade justa, bem como a outras passagens constitucionais (v.g., art. 266, nº 2²²⁸) que mencionariam o denominado princípio da justiça²²⁹.

Nesta trilha, a equidade tem sido concebida em Portugal como uma “medida de valor” de uma decisão, a qual visa a concretizar, num caso concreto, um ideal abstrato de “Justiça ditada por paradigmas de ‘bom senso’, tomados dentro de um padrão médio de comportamento”²³⁰.

Certo raciocínio tópico seria, então, inerente à operatividade do pressuposto material em estudo, devendo este critério ser utilizado nas hipóteses nas quais as “particularidades concretas ou o circunstancialismo envolvente de certas situações constituídas ao abrigo de uma norma declarada inconstitucional justificam que as mesmas não sejam fulminadas pelos efeitos sancionatórios típicos da nulidade, já que seria injusta ou irrazoável que tal viesse a ocorrer”²³¹.

A doutrina portuguesa, muito embora conceba, em sua maioria, o caráter jurídico e não político da equidade, costuma destacar o caráter subjetivo²³², tópico, fluido e casuístico da aplicação deste parâmetro constitucional, razão pela qual costuma clamar por seu uso prudente e excepcional, sob pena de incursão na seara de uma jurisprudência ativista²³³.

A prática decisional do Tribunal Constitucional português aponta para uma rara utilização exclusiva deste pressuposto material com vistas a restringir os efeitos temporais de suas decisões positivas de inconstitucionalidade, muito embora este critério seja utilizado, com certa frequência, em conjugação com o pressuposto da segurança jurídica e, em casos tais, quase sempre sem que a decisão do Tribunal explicita em qual medida a equidade poderia, de forma autônoma, justificar a restrição de efeitos (neste sentido, Carlos Blanco de Moraes aponta os Acórdãos nº 527/96 e nº 81/2003 do Tribunal Constitucional)²³⁴.

²²⁸ “CRP. Art. 266. [...] nº 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

²²⁹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 705.

²³⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 288.

²³¹ *Ibid.*, p. 288.

²³² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 503.

²³³ MORAIS, op. cit., p. 289.

²³⁴ *Ibid.*, p. 289.

2.3.2.3 O interesse público de excepcional relevo

O fundamento do interesse público de excepcional relevo visa a salvaguardar determinadas situações jurídicas dotadas de ampla potencialidade de impactar as finalidades inerentes ao Estado-Coletividade²³⁵.

Muito embora alguns autores vejam neste critério uma razão não estritamente jurídica, mas, antes, política²³⁶, tem ressaltado a maior parte da doutrina lusitana que a restrição à eficácia em regra retroativa da declaração de inconstitucionalidade com espeque em meros juízos de conveniência política atentaria contra o princípio da isonomia e contra a ideia de segurança jurídica, em sua manifestação de certeza do direito²³⁷.

Rui Medeiros propõe, assim, que o pressuposto material do interesse público de excepcional relevo previsto no art. 282, nº 4, da Constituição portuguesa se revelaria como um conceito indeterminado a “abarcando todos os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade”, pelo que conclui ser “na própria Constituição, enquanto *tête de chapitre* do ordenamento, que residem os fundamentos da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”²³⁸.

Nestes termos, pode-se dizer que há razoável aceitação, em Portugal, da ideia desenvolvida pela doutrina italiana, no sentido de que “os interesses públicos a salvaguardar na manipulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade devem vincular-se à prossecução de valores e fins protegidos pela Constituição”²³⁹.

O Tribunal Constitucional português, segundo relato de Carlos Blanco de Moraes, tem invocado o pressuposto material do interesse público de excepcional relevo em inúmeros casos que envolvem o equilíbrio orçamentário público; repetição de verbas públicas por particulares; a inviabilidade de reabertura de inúmeros processos administrativos e, em geral, casos nos quais a retro-operação de efeitos decorrente de decisões positivas de inconstitucionalidade envolveria graves danos à prestação dos serviços públicos (exemplificando todas estas situações, Carlos Blanco de Moraes cita o Acórdão nº 671/99 do Tribunal Constitucional)²⁴⁰.

²³⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 290.

²³⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 503; ALMEIDA, Luis Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. In: **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, p. 109-146 pt. 3, 1987, p. 142.

²³⁷ MORAIS, op. cit., p. 291.

²³⁸ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 710.

²³⁹ MORAIS, op. cit., p. 291.

²⁴⁰ MORAIS, op. cit., p. 293.

2.3.3 O pressuposto processual da fundamentação

Carlos Blanco de Moraes aponta ainda, ao menos um pressuposto processual de preenchimento obrigatório no procedimento de utilização do mecanismo de limitação dos efeitos típicos das decisões de invalidade, qual seja, a necessidade de fundamentação da decisão que resultar do processo de restrição eficaz permitido pela norma enfatizada.

A questão assume colorido especial no direito lusitano em função da redação do art. 282, nº 4, da Constituição Portuguesa, que parece estabelecer uma relação de sintaxe entre as aceções “deverá ser fundamentado” e “interesse público de excepcional relevo”²⁴¹, parecendo ser esta, inclusive, o entendimento sufragado pela prática do Tribunal Constitucional:

- i) Por vezes, são prolatadas *decisões com fundamentação explícita, embora por vezes sumariíssima* (Ac. nº 242/2002, de 7-10, Ac. nº 866/96, de 4-6, Ac. nº 254/80, de 15-7, e Ac. nº 61/2004, de 27-1;
- ii) Noutras vezes são lavradas sentenças com *ausência de cabal fundamentação* (cfr. Ac. nº 80/86, de 11-3, não se descortinando a ‘ratio’ operativa da equidade, no caso ‘sub iudicio’)²⁴².

Nada obstante a nefasta prática por vezes adotada pelo Tribunal Constitucional português, são comuns as críticas doutrinárias a esta interpretação filológica do Texto Constitucional deste País, principalmente em virtude da grande margem de liberdade propiciada no processo de ponderação de bens realizado pelas decisões que limitam os típicos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade²⁴³.

Sobre o tema, valente ainda salientar que, nada obstante todas as decisões devam ser fundamentadas, a teor do que preconiza o art. 205, nº 1²⁴⁴, da Constituição lusitana, verifica-se uma necessidade de fundamentação especial ou reforçada exigida na aplicação do critério do excepcional interesse público tal qual expressamente indicado no art. 282, nº 4, da Constituição Portuguesa²⁴⁵, o que não afasta a necessidade de fundamentação relativamente aos critérios da segurança jurídica e da equidade²⁴⁶.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 1043.

²⁴² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 294.

²⁴³ *Ibid.*, p. 294.

²⁴⁴ “CRP. Art. 205. nº 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”. PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

²⁴⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 710-711.

²⁴⁶ Para Carlos Blanco de Moraes as sentenças que apelem aos critérios previstos no art. 282, nº 4, da CRP (sentenças manipulativas) comportariam, em regra, duas vertentes de fundamentação: i) “uma *componente fundamentação-motivação*, que é aquela que justifica a decisão de acolhimento expressa na parte dispositiva do aresto; e, eventualmente, uma *componente de fundamentação reconstrutiva*, a qual se propõe justificar a restrição temporal da retroactividade da eficácia sancionatória, bem como outras operações complementares”. MORAIS, op. cit., p. 296.

CAPÍTULO 3

A RELATIVIZAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

3.1 Breve digressão histórica

3.1.1 A excepcional relativização do dogma da nulidade na história jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Já observamos que o clássico entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal consagrou a denominada teoria da nulidade da lei inconstitucional na prática jurisprudencial brasileira.

Ocorre que a história jurisprudencial desse tribunal registra importantes julgamentos, tomados em diferentes épocas, nas quais a Excelsa Corte, ainda antes da edição do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, e no exercício da fiscalização concreta de constitucionalidade, restringiu o axioma da invalidação retro-operante da lei contraveniente à Constituição Política, ante a verificação da predominância *in concreto* de outros valores constitucionalmente assegurados, principalmente para garantir a primazia da segurança jurídica²⁴⁷.

Assim, mediante os Recursos Extraordinários (RREE) 78.209²⁴⁸ e 78.594²⁴⁹, relatados, respectivamente, pelos Ministros Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto, decidiram a Primeira e a Segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal, ainda na primeira metade da década de setenta, por preservar a validade de citações e penhoras realizadas por agentes públicos irregularmente investidos na função de oficial de justiça, ainda que a Excelsa Corte tenha posteriormente declarado, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da lei estadual que irregularmente investiu os mencionados servidores naquela função pública.

Para legitimar a subsistência de citações e penhoras realizadas pelos agentes públicos inconstitucionalmente investidos na função de oficial de justiça, buscou-se acolhida

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 337.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 78.209**. Primeira Turma. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. DJ de 9/10/1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>>. Acesso em: 2 set. 2013.

²⁴⁹ Id. **Acórdão proferido no julgamento do RE 78.549**. Primeira Turma. Rel. Min. Bilac Pinto. DJ de 30/10/1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173998>>. Acesso em: 2 set. 2013.

na clássica teoria do funcionário de fato²⁵⁰, a qual postula a validade dos atos administrativos praticados no passado por servidores pretensamente competentes, em função da aparência de legitimidade da investidura de tais agentes públicos. Consignou, neste sentido, o Ministro Bilac Pinto, Relator do segundo apelo extraordinário apontado:

[...] Ainda que se pretenda que os efeitos da decisão desta Corte, pela sua própria natureza, tem (SIC) efeito retroativo, para atingir todas as nomeações de oficiais de justiça feitas com apoio na Lei Estadual de 3.12.71, não se poderá daí concluir que os atos praticados por esses oficiais de justiça são nulos. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura, em razão da inconstitucionalidade da norma da competência para a nomeação, as circunstâncias em que se operou formalmente o provimento fazem deles ‘funcionários de fato’. E os atos praticados como oficiais de justiça de fato são válidos [...]²⁵¹.

Ainda em 1986, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 105.789, preservou efeitos pretéritos produzidos por artigo da Constituição do Estado de Minas Gerais reputado inconstitucional.

Cuidava-se de Mandado de Segurança impetrado por magistrado em face de ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no sentido de indeferir pedido de preavencimento de tempo de serviço outrora prestado pelo impetrante a sociedade de economia mista estadual, direito que lhe seria garantido pelo art. 104, parágrafo único, da Constituição Estadual. Apontou-se que este dispositivo do mencionado ato normativo estadual havia sido declarado inconstitucional pelo STF, com ulterior suspensão da norma acoimada pelo Senado Federal.

Ao apreciar o RE 105.789, entendeu o citado órgão fracionário da Excelsa Corte que “a modificação da qualificação do tempo de serviço averbado, malferia a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados”, a qual, revelando-se um fundamento maior do que o direito adquirido para garantir a pretensão do impetrante naqueles autos, superaria “o efeito ex-tunc da declaração de inconstitucionalidade da norma”²⁵².

Uma análise do precedente acima comentado revela que o Supremo Tribunal Federal realizou, no julgamento daquele caso concreto, uma ponderação de interesses

²⁵⁰ “[...] o defeito invalidante da investidura de um agente não acarreta, só por só, a invalidade dos atos que este praticou. É a conhecida teoria do ‘funcionário de fato’ (ou ‘agente público de fato’). ‘Funcionário de fato’ é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem a aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e dos princípios da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 227.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 78.549**. Primeira Turma. Rel. Min. Bilac Pinto. DJ de 30/10/1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173998>>. Acesso em: 2 set. 2013.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 105.789**. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Madeira. DJ de 9/5/1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=197575>>. Acesso em: 2 set. 2013.

constitucionais, concluindo que, principalmente à luz da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados, deveria ser preservada a averbação do tempo de serviço anteriormente prestado pelo impetrante a sociedade de economia mista estadual, excepcionando-se, pois, o também constitucional princípio da nulidade da lei contraveniente ao Texto Magno.

Em sentido semelhante ao acima estudado, pode-se igualmente citar o clássico precedente do RE 122.202, produzido já na década de 90, no qual a Segunda Turma do STF entendeu, num caso também a envolver remuneração de magistrados, que a “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionável da lei declarada inconstitucional – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”²⁵³.

Em verdade, tal qual já sinalizado pelo Ministro Francisco Rezek ao julgar este último precedente e posteriormente aventado em doutrina por Gilmar Mendes, melhor seria se esta linha jurisprudencial que dava primazia à garantia da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados se socorresse do princípio da segurança jurídica, de reconhecido *status* constitucional²⁵⁴, e que imporia com mais propriedade, naquelas situações concretas, o afastamento episódico do princípio da nulidade.

Também na fiscalização concentrada de constitucionalidade, via de controle a impactar sobremaneira no ordenamento jurídico brasileiro, em face dos tradicionais efeitos *erga omnes* das decisões que produz, chegou o Plenário do Supremo Tribunal Federal a admitir a possibilidade de se excepcionar o princípio da nulidade da lei inconstitucional, muito embora esta restrição não fosse necessária no específico caso no qual realizado este juízo. Cuidou-se do julgamento, em 14 de junho de 1991, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 513, sob a Relatoria do Min. Célio Borja, cuja ementa portou importantes reflexões:

[...] Alegação de só poder ter efeito ‘ex nunc’ a decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo Tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade à hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas, de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente. Também não é ela atinente a eventual restituição de imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 122.202**. Segunda Turma. Rel. Min. Francisco Rezek. DJ de 8/4/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>>. Acesso em: 2 set. 2013.

²⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 338.

Não existe ameaça iminente à solvência do Tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, 'in casu', do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (*bedrohliche Rechtslücke*)²⁵⁵.

A questão voltou a ser discutida no julgamento da ADI 1.102, oportunidade na qual, ao declinar seu voto, o Ministro Maurício Corrêa, então Relator do feito, consignou sua crença em não se constituir:

afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluísse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento da cautelar²⁵⁶.

Ainda no precedente aludido, e em que pese o fato de não ter sido decidido *in concreto* pela relativização da teoria da nulidade naquela assentada, insta consignar importantes colocações sobre o tema realizadas no voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

De logo – a observação é de Garcia de Enterría – a conseqüente eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado.

O caso presente, entretanto, não é adequado para suscitar a questão. [...]

Sou em tese favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal protrair o início da eficácia *erga omnes* da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade²⁵⁷.

Da análise dos precedentes citados, é lícito afirmar, pois, que, seja à luz do regime constitucional anterior seja sob a égide da Constituição Política atualmente vigente, o Supremo Tribunal Federal excepcionalmente aceitou a limitação episódica da invalidação retro-operante da lei inconstitucional no âmbito da fiscalização concreta, tendo até ventilado esta possibilidade de restrição eficaz igualmente na via abstrata em momento anterior à edição da Lei nº 9.868, de 1999, a qual, consoante veremos, positivou mecanismo que disciplinou a matéria para duas específicas espécies de ações da fiscalização em tese.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 513**. Plenário. Rel. Min. Célio Borja. DJ de 30/10/1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266395>>. Acesso em: 2 set. 2013.

²⁵⁶ Id. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 1.102**. Plenário. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 17/11/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266657>>. Acesso em: 2 set. 2013.

²⁵⁷ Ibid.

A Excelsa Corte julgou-se, portanto, apta a afastar, à conta de exceção, a teoria da nulidade da lei inconstitucional, quando a invalidação retro-operante dela emergente pudesse ensejar um agravamento do estado de inconstitucionalidade. Nestas hipóteses, deveria o princípio da nulidade ser ponderado com outros valores constitucionais que recomendariam a limitação de efeitos, relativizando-se o caráter dogmático e absoluto que assumira a retroação dos efeitos no constitucionalismo pátrio.

3.1.2 Os debates parlamentares que antecederam a positivação da possibilidade de limitação dos efeitos retro-operantes das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas em controle abstrato

Apesar de se desconhecer, até o presente momento, eventuais debates voltados à positivação de uma técnica que conceba a possibilidade de restrição dos tradicionais efeitos retro-operantes observáveis nas decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na via concreta-difusa de controle, esta hipótese de restrição de efeitos na fiscalização abstrata-concentrada restou positivada, no ordenamento jurídico brasileiro, após mais de duas décadas de discussões parlamentares sobre o tema e ao menos duas tentativas anteriores de se lhe atribuir envergadura constitucional.

Lembra Daniel Sarmiento que, tanto por ocasião dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte quanto no processo de revisão constitucional desencadeado em 1994, foram discutidas propostas de introdução, na Lei Fundamental, de uma técnica apta a possibilitar a limitação do dogma da nulidade e de sua eficácia retroativa no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade, sem que as propostas tivessem logrado êxito²⁵⁸.

Pois bem, nos trabalhos realizados na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), chegou a ser analisada, na Comissão de Sistematização, proposta de dispositivo constitucional que concedia explicitamente ao Supremo Tribunal Federal o poder para, no âmbito do controle abstrato, fixar se a norma legal ou o ato normativo declarado inconstitucional perderia sua eficácia desde a sua entrada em vigor ou a partir da decisão declaratória. Eis o teor do preceptivo debatido:

²⁵⁸ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 123-124.

Art. 122. (*omissis*). §3º. Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor ou a partir da publicação da decisão declaratória, e comunicará o teor desta ao Senado da República para cumprimento do disposto no artigo 61 inciso X²⁵⁹.

A proposta de dispositivo constitucional acima colacionada foi, contudo, suprimida nos debates havidos naquela oportunidade.

Ainda na Assembléia Nacional Constituinte, importante ser destacada a Emenda nº 393, da lavra do à época parlamentar Maurício Corrêa, posteriormente nomeado Ministro do STF, o qual propôs que a futura redação do §3º do art. 127 da Constituição Republicana então elaborada previsse, em redação praticamente idêntica à anteriormente analisada, que “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”²⁶⁰.

O mecanismo proposto, com confessada inspiração na Constituição lusitana, foi defendido pelo então Constituinte Nelson Jobim, que também viria a posteriormente se tornar Ministro da Excelsa Corte. Asseverou o parlamentar citado ser “fundamental que adotemos esse mecanismo que está na Constituição portuguesa moderna, que é a solução que se adota no sistema para fixar o momento da eficácia”²⁶¹.

Consoante noticia Fábio Martins de Andrade, a proposta recebeu argumentos contrários que ressaltaram o perigo de “superdimensionamento do poder do STF”²⁶², com o perigo de se lhe atribuir uma competência para revogar as leis, tonificando a Suprema Corte com um poder essencialmente político²⁶³, pelo que mais de um destes posicionamentos exortaram em Plenário a manutenção da “tradição do Direito Constitucional brasileiro”²⁶⁴.

A proposta de emenda de Maurício Corrêa, contudo, fracassou em votação mediante a qual se computaram 249 votos contrários, 182 votos favoráveis e 13 abstenções²⁶⁵.

Também nas discussões parlamentares havidas por ocasião do processo de Revisão Constitucional de 1994, tentou-se a positivação, no Texto Magno, de dispositivo que

²⁵⁹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anais**: atas das 153ª à 161ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 09, 02 set./28 out. 1987, p. 5.593.

²⁶⁰ Id. **Diário**: atas da Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 02, nº 218, p. 200-205, abr. 1988, p. 200.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 202.

²⁶² ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 241-242.

²⁶³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Diário**: atas da Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 02, nº 218, p. 200-205, abr. 1988, p. 202.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 202.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 202.

atribuía competência para que o STF pudesse determinar que a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional, em tese, pudesse deixar de produzir efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão, excepcionando-se o dogma da nulidade.

A proposta de constitucionalização de uma regra de limitação de efeitos foi veiculada mediante o Parecer nº 27 do Primeiro Substitutivo do Relator da Proposta de Emenda Constitucional de Revisão acerca do funcionamento e competência do Supremo Tribunal Federal. Nestes termos, a proposta do Deputado Federal Nelson Jobim defendia que o §5º do art. 103 da Constituição Republicana ostentasse a seguinte redação: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão”²⁶⁶.

Recorda Fábio Martins de Andrade que, além de se valer da experiência do Direito comparado, notadamente de clássica palestra proferida por Kelsen na Associação Alemã de Professores de Direito Público, Nelson Jobim teria defendido, em seu Parecer, que a falta de um instrumental que permitisse a restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabava, em inúmeros casos, por obrigar os Tribunais a “se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”²⁶⁷. Ocorre que a mencionada proposta igualmente não logrou êxito por ocasião da Revisão Constitucional.

Em 1997, surgiu nova tentativa de positivação de uma regra que autorizasse o Supremo Tribunal Federal a limitar os efeitos das suas decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas no controle abstrato. Cuidou-se do Projeto de Lei nº 2.960, o qual visava regular o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

O Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, foi enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, acompanhado da Mensagem nº 396, de 1997, a qual continha a Exposição de Motivos nº 180, de 07 de abril de 1997, daquele embrião de ato normativo, assinada por Nelson Jobim, então Ministro da Justiça.

Na mencionada Mensagem, Jobim repetiu grande parte dos argumentos veiculados no já comentado Parecer nº 27 do Primeiro Substitutivo do Relator da Proposta de Emenda Constitucional de Revisão acerca do funcionamento e competência do Supremo Tribunal Federal, incluindo o socorro a exemplos verificáveis no Direito comparado, com

²⁶⁶ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequentialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 243.

²⁶⁷ Ibid., p. 243.

especial atenção para o dispositivo da Constituição lusitana que prevê a possibilidade de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por decisão do Tribunal Constitucional daquele País²⁶⁸, não se podendo negar ser o paradigma português o principal modelo utilizado pelo legislador brasileiro na elaboração do ato normativo então projetado.

Segundo a mencionada Exposição de Motivos, em coerência com a experiência colhida no Direito Constitucional comparado, propunha-se um mecanismo que permitiria ao Supremo Tribunal Federal, mediante a observância de um quórum qualificado, manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir de “um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27)”. Nestes termos, “o princípio da nulidade somente seria afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”²⁶⁹.

Assim, a par da ortodoxa declaração de nulidade oriunda da tradição constitucionalista brasileira, haveria de ser facultado ao Pretório Máximo, excepcionalmente, proferir a decisão positiva de inconstitucionalidade com eficácia meramente *ex nunc* ou *pro futuro*, máxime nos casos nos quais a declaração de nulidade se mostrasse inadequada, citando-se o exemplo da lesão positiva ao princípio da isonomia, assim como nas hipóteses em que a lacuna normativa emergente da declaração de nulidade pudesse acarretar uma situação que se afastasse ainda mais da vontade constitucional²⁷⁰.

Na Exposição de Motivos em estudo, verificou-se que a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal demonstrava “que a criação de uma nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitucional, especialmente do complexo processo de controle de constitucionalidade das leis adotado entre nós”²⁷¹.

Entende-se paradigmático que o próprio Projeto de ato normativo primário em estudo tenha expressamente consignado que a criação de uma técnica alternativa à tradicional declaração de nulidade da lei inconstitucional seria uma decorrência do próprio sistema constitucional, ressaltando expressamente que, em dadas situações excepcionais, a aplicação pura e simples da teoria da nulidade da lei inconstitucional, com sua cassação retro-operante, poderia agravar ainda mais o estado de inconstitucionalidade verificado inicialmente pela Excelsa Corte. Ora, se a necessidade de relativização do dogma da nulidade era apresentado como um imperativo constitucional, a lei ordinária então projetada não conferiria qualquer competência ao STF, mas apenas reconheceria expressamente a existência prévia deste poder.

²⁶⁸ BRASIL. Poder Executivo. **Mensagem nº 396**. Exposição de Motivos nº 189, de 07/4/1997.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid.

Talvez o Ministro Jobim tenha se apercebido que, antes mesmo das tentativas de positivação das técnicas de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, já teriam sido proferidos alguns precedentes pelo próprio Supremo Tribunal Federal aplicando um procedimento de tal jaez, por intermédio do afastamento pontual do que o tribunal designava de princípio da nulidade em detrimento da salvaguarda de outros valores constitucionalmente assegurados.

Consoante passaremos a expor, o Projeto de Lei em estudo finalmente alcançou êxito na tentativa de positivação de uma técnica decisional alternativa à invalidação retro-operante enraizada no denominado dogma da nulidade ao menos no que toca ao conhecido controle abstrato de constitucionalidade exercitável de forma concentrada no Supremo Tribunal Federal.

3.2 Breves comentários sobre a positivação da técnica de modulação dos efeitos temporais das decisões positivas de inconstitucionalidade pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999

3.2.1 A formalização da invalidação com efeitos retro-operantes como uma regra geral no controle abstrato

Conforme observamos, o Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, logrou aprovação no Congresso Nacional, sendo promulgada a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual, dentre outras importantes previsões, positivou a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo, limite a invalidação retro-operante no controle abstrato de constitucionalidade, inclusive possibilitando a fixação de efeitos *ex nunc* e *pro futuro*. Eis o teor do dispositivo comentado:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Este mecanismo foi reproduzido no artigo 11 da Lei nº 9.882, de 1999²⁷², que

²⁷² Lei nº 9.882, de 1999. “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 8 jun. 2013.

regulou o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ação de controle abstrato de constitucionalidade prevista no §1º do art. 102 da Lei Maior.

O presente estudo se limitará a analisar brevemente o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, em seus aspectos centrais que possuem o condão de subsidiar as discussões e conclusões quanto à possibilidade de limitação de efeitos também na fiscalização concreta de constitucionalidade, sendo, todavia, válido remeter os comentários destacados a este preceptivo igualmente para se entender a lógica que permeia o art. 11 da Lei nº 9.882, de 1999²⁷³.

A partir da análise do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, bem se observa que, uma vez verificada a presença do quórum qualificado exigido pela lei, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir, total ou parcialmente, os efeitos produzidos por suas decisões positivas de inconstitucionalidade, fazendo com que a invalidação retro-operante valha, por exemplo, a partir de um momento intermediário posterior ao início da produção de efeitos pelo ato normativo, mas anterior à decisão invalidatória proferida pelo Pretório Máximo.

A Excelsa Corte poderá, ainda, determinar que o decreto de inconstitucionalidade somente produza efeitos a partir do trânsito em julgado desta decisão (efeitos *ex nunc*) ou até entender que o efeito cassatório do julgado somente seja observável a partir de um momento posterior a este marco processual (efeitos *pro futuro*).

Pela elasticidade decisional conferida ao julgador constitucional, máxime por permitir que este decida além da mera restrição da invalidação retro-operante, adotando também decisões com eficácia prospectiva, o mecanismo em análise passou a ser concebido doutrinária e jurisprudencialmente sob a designação de técnica da “modulação dos efeitos” da declaração de inconstitucionalidade, locução albergada pela Excelsa Corte brasileira.

O preceptivo em estudo, ao passo em que rompeu definitivamente com uma configuração dogmática e absoluta da nulidade da lei inconstitucional, reconheceu, no âmbito do direito positivo, mas na esteira do que já vinha sendo projetado pela produção

Nesta linha de flexibilização do marco temporal de pronunciamentos do STF, sobreveio o art. 4º da Lei nº 11.417, de 2006, segundo o qual a “súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. BRASIL. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 9 jun. 2013. Não se insere dentro dos objetivos desta pesquisa, contudo, tecer comentários ao mencionado preceito legal nem à súmula vinculante.

²⁷³ Em semelhante sentido: ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 254-255.

jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que a invalidação retro-operante decorrente das decisões positivas de inconstitucionalidade²⁷⁴ comporta exceções.

Esta solução normativa se alinha com a tendência de interpenetração e atenuações recíprocas que vêm sendo verificadas mais modernamente entre os Países que adotam os modelos austríaco e norte-americano de fiscalização, guiadas notadamente por avaliações de ordem prática²⁷⁵.

Em abono às considerações feitas, e muito embora prefira a expressão “regra de preferência” (a qual entendemos redundante) para mencionar a conformação da retro- operação de efeitos nos termos do mecanismo positivado no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, outra não é a conclusão a que chegou Ana Paula Ávila:

Diante disso, o que se percebe é que, em relação ao regime de efeitos no aspecto temporal, há uma *interpenetração* dos dois modelos, ou seja, entre as teses da nulidade e da anulabilidade do ato inconstitucional, que se revela na adoção de técnicas alternativas, normativas ou jurisprudenciais, em relação à técnica da nulidade. Por tal razão é que, para que a matéria seja adequadamente regulada, deve-se abrir mão de uma regra geral, exclusiva e absoluta, para adotar uma regra de preferência que admita exceções, tal como se procedeu no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, através da edição do art. 27²⁷⁶.

Erigiu, contudo, a lei em estudo, pressupostos de ordem processual e de ordem material, com vistas a que pudesse a Excelsa Corte relativizar a teoria da nulidade da lei inconstitucional no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Passemos, a partir de agora, a estudá-los.

3.2.2 Aspecto procedimental: a exigência de quórum qualificado

Segundo dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, para que o Supremo Tribunal Federal possa, em fiscalização abstrata, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deverá ser observado o quórum especial de dois terços dos membros do Tribunal.

²⁷⁴ “[...] é relevante notar que o debate em torno do tema da restrição foca na declaração do STF sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, e não cuida de qualquer efeito da própria inconstitucionalidade”. ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 314.

²⁷⁵ Sobre estas relativizações das clássicas doutrinas da nulidade e da anulabilidade da lei inconstitucional, registra Mauro Cappelletti que: “De outra parte, como na Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, e, igualmente, na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade”. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 122.

²⁷⁶ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 46.

Uma primeira e importante questão que se coloca em doutrina é se o legislador ordinário poderia validamente restringir, mediante a exigência de um quórum qualificado, a competência do Supremo Tribunal Federal para limitar a invalidação retro-operante da decisão positiva de inconstitucionalidade, como que erigindo “uma preferência abstrata em favor de um dos valores constitucionais em disputa”²⁷⁷.

Entendemos correta a percepção da maioria dos autores que analisam esta questão, no sentido de apontar a razoabilidade da exigência do quórum qualificado, servindo este requisito procedimental como um reforço de legitimidade à decisão²⁷⁸ e, assim, evitando-se uma possível banalização do mecanismo²⁷⁹ na jurisprudência do Guardião último da Constituição.

Acrescente-se que, em nossa ótica, o dispositivo em análise não suprimiu a competência do STF para romper excepcionalmente com a regra da retroação de efeitos verificável nas decisões positivas de inconstitucionalidade, mas tão-somente disciplinou um procedimento mais solene para que se possa identificar o entendimento deste tribunal (órgão constitucionalmente colegiado) no sentido da modulação. Em outras palavras, o STF pode modular os efeitos de suas decisões positivas de inconstitucionalidade, mas, para assim proceder, a vontade do Tribunal deverá ser formada por ao menos dois terços das vontades individuais dos membros daquele Sodalício.

A exigência de maioria qualificada fortalece, em nosso sentir, o princípio da segurança jurídica, ao diminuir a possibilidade de câmbios jurisprudenciais no Pretório Máximo. De igual sorte, também compreendemos que o *quorum* de dois terços dos Ministros foi estabelecido em um patamar razoável, pelo que se verifica sua consonância com o postulado da razoabilidade.

Em suma, agiu o legislador ordinário, em nosso sentir, dentro de sua liberdade de conformação e sem que houvesse incorrido em qualquer vício de inconstitucionalidade, tal qual o fez quando estabeleceu um quórum mínimo de 8 (oito) Ministros para a abertura da sessão em que se pretenda decidir, no julgamento de ADI ou de ADC, pela

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 211.

²⁷⁸ Em sentido semelhante: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 59.

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 126.

constitucionalidade ou inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo (art. 22 da Lei nº 9.868, de 1999)²⁸⁰.

Uma vez aceita a legitimidade constitucional do quórum qualificado previsto no dispositivo objeto do presente tópico, exsurge um segundo questionamento, voltado à possível determinação do número exato de votos que deverão concorrer para que se aplique o preceptivo em estudo.

Ora, consoante bem se observa do Texto Constitucional, o Supremo Tribunal Federal somente pode proceder à modulação dos efeitos de suas decisões que declarem inconstitucionalidades pela manifestação qualificada de “dois terços de seus membros”. Com esta expressão, entendemos que a Constituição Política indubitavelmente faz referência aos Membros do “Tribunal”, inferência esta que redundará numa importante conclusão a seguir minudenciada.

O próprio poder constituinte originário estabeleceu, no art. 101, da Constituição Republicana, quantos membros desejou que compusessem o STF: onze Ministros. Foi com base nesta premissa que o legislador constituinte originário e também o derivado estabeleceram a exigência de *quorum* qualificado para determinados mecanismos, como, por exemplo, a Reserva de Plenário (art. 97), o decreto de inexistência de repercussão geral (art. 102, § 3º) e a edição de Súmula Vinculante (art. 103-A)²⁸¹.

Assim, não entendemos haver dúvidas de que serão sempre necessários os votos de oito dos onze Ministros do STF para que esse Tribunal se manifeste pela modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

A interpretação acima indicada não inova em relação àquela há décadas já adotada pela própria Excelsa Corte no que tange, por exemplo, ao preceito inscrito no art. 97 da Constituição Republicana (cláusula de reserva de Plenário), com redação semelhante a do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999 (também referindo-se a “membros” do “Tribunal”), e segundo a qual “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”²⁸².

²⁸⁰ “Lei nº 9.868, de 1999. Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros”. BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 8 jun. 2013.

²⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2014.

²⁸² Ibid.

Assim, ainda que de maneira eventual e precária se cogite de Ministros não presentes ao julgamento ou ainda da existência de Ministros afastados ou já não-integrantes da Corte por qualquer motivo, num dado espaço temporal, a maioria absoluta dos membros do STF será sempre 6 (seis) Ministros²⁸³, visto que 11 (onze) Ministros é a composição prevista pela Carta Federal para a Excelsa Corte, premissa com base na qual o legislador constituinte originário estatuiu a regra positivada no art. 97 da CF/88. Semelhante entendimento vale para a determinação exata do quórum necessário para que o STF module os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na fiscalização em tese: aqui, indubitavelmente, sempre se exigirá a concordância de 8 (oito) Ministros da Excelsa Corte.

O raciocínio *a simili sensu* que utilizamos para determinar o número de votos necessários à modulação dos efeitos em fiscalização abstrata não quer dizer que se constituam em quóruns iguais. Entende-se insubsistente, assim, certa orientação doutrinária segundo a qual a previsão do quórum qualificado previsto no art. 27 da Lei n 9.868, de 1999, vulneraria a cláusula de reserva de Plenário (art. 97 da CF/88).

Este é, por exemplo, o posicionamento externado por Luciana Macieira, o qual vislumbra uma provável intenção do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, de “estabelecer novo *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade além da definição de seus efeitos”²⁸⁴. Tal entendimento não merece, contudo, prosperar.

Ora, tal qual observa Ana Paula Ávila, “O *quórum* de dois terços exigidos pela lei não diz respeito à declaração de inconstitucionalidade, mas apenas à modulação dos efeitos, que é uma etapa lógica e cronologicamente posterior ao exame e confirmação da inconstitucionalidade”²⁸⁵.

²⁸³ “[...]: Maioria absoluta e o número imediatamente superior à metade. Assim, maioria absoluta de quinze são oito, do mesmo modo que, de onze (numero de juízes do Supremo Tribunal), são seis, e sobre isso não se questiona nem se duvida aqui. Os votos dos Desembargadores, no caso, não tem que ser fundamentados, em face da natureza do julgamento de que se trata. A recusa do impetrante ocorreu na vigência da Constituição de 1967, que, além de autorizá-la no tocante ao juiz mais antigo em caso de acesso aos tribunais de segunda instância, também a permite, pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, no caso de promoção de uma entrância para outra (art. 136, II, b). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 68.419**. Plenário. Rel. Min. Luiz Gallotti. DJ de 15/5/1970. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=164470>>. Acesso em: 3 set. 2013.

²⁸⁴ MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da Esmape**, vol. 6, nº 13, jan./jun. 2001, p. 291-309, p. 300.

²⁸⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 58-59.

3.2.3. Aspectos de direito material

O artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, cuidou de formalizar um mecanismo de ponderação de valores²⁸⁶. Assim, ao passo em que reforçou, no Direito positivo pátrio, a condição de regra geral à invalidação com efeitos retro-operantes no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade, reconheceu expressamente seu *status* relativo, erigindo dois critérios materiais aptos a mitigar a ideia de necessária atribuição de efeitos *ex tunc*.

De acordo com o dispositivo em estudo, reconheceu-se expressamente ao Pretório Máximo brasileiro o poder para estabelecer os efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade no exercício do controle abstrato. Todavia, para que possa legitimamente romper com a regra da atribuição de efeitos *ex tunc*, exigiu o preceptivo citado que o julgador constitucional se lastreie em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

No delineamento dos critérios materiais previstos no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, observa-se às escâncaras a forte influência (reputando-se legítimo falarmos até em cópia adaptada) do art. 282, nº 4, da Constituição da República de Portugal, a qual, como vimos, erige os requisitos da segurança jurídica, das razões de equidade e do interesse público de excepcional relevo como anteparos legítimos a lastrear a superação da teoria da nulidade pelo Tribunal Constitucional lusitano.

Provavelmente pretendendo reduzir o nível de subjetivismo inerente à atividade de modulação dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade então positivada, preferiu o legislador brasileiro não importar da experiência lusitana o critério material das razões de equidade, a qual, muito embora tradicionalmente seja reconhecida como fonte do direito no Brasil²⁸⁷, certamente seria alvo de inúmeras contestações à elevada margem de discricionariedade que concederia ao STF.

A exclusão da equidade, contudo, não logrou afastar uma pleora de críticas que reputavam ter o dispositivo em análise permitido ao Supremo Tribunal Federal estipular os efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade em tese com base em critérios eminentemente políticos, pelo que transfiguraria o Tribunal Maior brasileiro numa “terceira Câmara Legislativa”²⁸⁸.

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 210.

²⁸⁷ Constando, inclusive, no Direito positivado brasileiro como confirma, exemplificativamente, o art. 108, IV, do Código Tributário Nacional (CTN). BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

²⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, nº 220, p. 1-17, 2000, p. 3.

Contudo, não parece ter sido este o objetivo colimado pelo legislador ordinário ao configurar o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999.

Tal qual já observado, ao justificar a criação da norma legal em estudo, registrou expressamente a Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, que se estava a positivar um mecanismo que, mediante a técnica da ponderação, permitia ao Supremo Tribunal Federal mitigar a teoria da nulidade quando a aplicação irrestrita desta pudesse conduzir a uma “situação ainda mais afastada da vontade constitucional”. Com esta locução, pareceu ter o legislador ordinário pretendido estabelecer que a relativização da teoria da nulidade pela Excelsa Corte estaria a depender de uma ponderação entre valores constitucionais²⁸⁹. E foi justamente esta a senda pela qual seguiram a doutrina mais recente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante passaremos a demonstrar.

3.2.3.1 A expressão “razões de segurança jurídica”

O primeiro dos dois critérios materiais mencionados pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, remete a um valor fundamental para as sociedades contemporâneas que se assentam sobre as bases de um Estado de Direito.

A crise de segurança jurídica observada nos ordenamentos jurídicos contemporâneos e manifestada, principalmente, “no campo das respostas, dotadas de eficácia, que possam apaziguar as expectativas da sociedade”²⁹⁰, não apenas tem despertado uma nova onda de debates doutrinários em torno do tema como também tem influenciado um notável recrudescimento da preocupação externada sobre este fundamento na jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, cumpre analisarmos com um pouco mais de vagar o primeiro critério material proposto pelo dispositivo em análise, até por entendermos ser a segurança jurídica um valor-chave na discussão em torno do objeto da presente pesquisa.

3.2.3.1.1 Uma breve noção da segurança jurídica

Embora existam registros acerca da teorização da segurança jurídica desde o século XII, incluindo-se posteriores referências de importantes autores como Thomas Hobbes

²⁸⁹ Voltaremos ao tema no subitem 3.2.4.

²⁹⁰ NUNES, Jorge Amaury. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7.

em sua clássica obra *Leviatã*, e Hugo Grócio, o debate em torno deste importante tema parece ter estagnado no tempo, somente voltando à ordem do dia mais recentemente, com a crescente crise de segurança jurídica observada na sociedade atual²⁹¹.

A importância da segurança jurídica para a vida em sociedade tem sido mais recentemente desenvolvida por autores estrangeiros e brasileiros de nomeada os quais têm identificado este valor deontológico como uma verdadeira finalidade ou razão fundamental da própria criação cultural do Direito pelos homens.

Neste sentido, Luís Recasens Siches lança a reflexão “*Si nos preguntamos por qué y para qué los hombres establecen el Derecho?*”, para arrematar que “*y si, para ello, tratamos de descubrir el sentido germinal del surgimiento del Derecho, a fin de precatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que há determinado el orto del Derecho no deriva de las altas regiones de los valores eticos superiores, sino de um valor de rango inferior, a saber, la seguridad de la vida social*”²⁹².

Confluem, neste diapasão, os ensinamentos da autora francesa Anne-Laure Valembois, a qual, segundo tradução de Jorge Amaury Maia Nunes, verberou que “se se admite que é a noção de fim que dá a chave da formação do Direito, então a segurança é a chave da formação do Direito e, logo, o Direito se reduz à segurança jurídica”²⁹³.

Corroborando o aspecto de razão fundamental a justificar o Direito, igualmente presente no pensamento de Recaséns Siches, Theophilo Cavalcanti Filho adverte, porém, que seria um equívoco supor que o pensamento daquele jurista desconsideraria o ideal de justiça²⁹⁴ como uma inerência da ordem jurídica.

Acentua Theophilo Cavalcanti Filho que “um mínimo de justiça é imprescindível a qualquer modalidade de experiência jurídica, o que importa, também na afirmação de que qualquer manifestação de segurança jurídica exige seja baseada num mínimo de justiça”²⁹⁵.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que a doutrina majoritária, seja ela pátria ou estrangeira, não discrepa da consideração da segurança e da justiça como integrantes do rol dos fundamentos que se irmanam na justificação da formação do Direito e/ou das finalidades a serem perseguidas por este.

²⁹¹ NUNES, Jorge Amaury. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77-79.

²⁹² SICHES, Luís Recasens. **Vida humana, sociedad y derecho**. México: Fondo de Cultura Economica, 1939, p. 209.

²⁹³ VALEMBOIS, Anne-Laure, 2004 apud NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83.

²⁹⁴ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 52.

²⁹⁵ Ibid., p. 79.

Esta é, por exemplo, a lição de Helmut Coing, para quem segurança e justiça se somariam à igualdade e à liberdade a título de fins da formação do fenômeno jurídico²⁹⁶.

José de Oliveira Ascensão igualmente ressalta ser função do Direito realizar os objetivos da segurança e da justiça²⁹⁷, muito embora advirta que “com frequência será necessário sacrificar a justiça por amor da segurança, ou sacrificar a segurança por amor da justiça, ou sacrificar ambas parcialmente”²⁹⁸.

Por seu turno, Jorge Amaury Maia Nunes observa parecer:

certo afirmar que segurança jurídica e justiça se imbricam e se condicionam reciprocamente, dado que não é imaginável uma situação em que o **valor** segurança jurídica haja desaparecido e, mesmo assim, se possa falar em justiça; de outra banda, a só redução do Direito à segurança jurídica sem consideração do valor justiça transformaria o direito num simples instrumento de legitimação do poder qualquer que fosse sua qualidade²⁹⁹.

Em doutrina nacional, ainda realçando a importância da segurança jurídica, podem ser citados, igualmente, os ensinamentos de Carlos Aurélio Mota de Souza o qual compreende o princípio em estudo como um valor fundamental das sociedades democráticas atuais³⁰⁰.

Exatamente confirmando este caráter da segurança jurídica como fundamento e fim indispensável à realização do Direito, o qual comungamos no presente trabalho, Jorge Amaury Maia Nunes destaca a validade universal do princípio da segurança jurídica, desvinculando-o, inclusive, de concepções que o atrelem exclusivamente a uma visão formalista e positivista do direito³⁰¹. Assevera o professor da Universidade de Brasília:

[...] é possível afirmar, sem receio, que o princípio da segurança jurídica tem validade universal e pode ser examinado em qualquer ordenamento jurídico. Não importa a que escola esteja vinculado o pesquisador (formalista, idealista, realista etc.), sempre a segurança jurídica informará o Direito como princípio, como razão fundante. O que pode variar é a extensão e a densificação que se possa dar ao princípio³⁰².

²⁹⁶ COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 188-202.

²⁹⁷ Segundo o autor português, “Quando falamos em ordem social, falamos implicitamente em justiça e em segurança. Sem segurança, a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 185.

²⁹⁸ Ibid., p. 184-185.

²⁹⁹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83-84.

³⁰⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ltr, 1996, p. 20.

³⁰¹ Posição esta lembrada por TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 507-508.

³⁰² NUNES, op. cit., p. 87.

Portando validade universal em todo e qualquer ordenamento jurídico positivo, ainda que com extensão eventualmente variável, percebe-se a clara inserção da noção de segurança jurídica como objeto de estudo da Teoria Geral do Direito³⁰³, o que não impede que seus lindes conceituais sejam objeto de análise de áreas do conhecimento mais particularizadas, como, por exemplo, o Direito Constitucional.

Em que pese a existência de razoável consenso acerca da importância da segurança jurídica para a formação e razão de ser do próprio Direito, a noção conceitual do princípio em exame para os autores brasileiros é dotada de plurivocidade semântica e costuma variar sobremaneira de acordo com o enfoque doutrinário que se pretenda incidir. Há, contudo, um fio condutor que deságua em dois aspectos principais a seguir analisados.

Segundo observa Cármen Lúcia Antunes Rocha:

[...] segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado. [...]
Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social³⁰⁴.

Num enfoque semelhante, inobstante advirta seu conteúdo polissêmico, Jorge Amaury Maia Nunes identifica a segurança jurídica “como um estado em que nenhum perigo de surpresa é temido com relação à estabilidade das relações jurídicas e que implica, ao mesmo tempo, a proteção contra a irretroatividade das leis, a asseguaração das situações consolidadas, após certo tempo, a clareza e precisão das normas jurídicas e a exclusão da incerteza na realização do Direito Judicial”³⁰⁵.

Theophilo Cavalcanti Filho, forte nos ensinamentos de Gustav Radbruch, destaca que a segurança jurídica pode ser visualizada de três maneiras distintas, as quais estreitam os laços existentes entre este valor fundamental e a justiça: *i*) a “segurança através do Direito”, a qual pressupõe que este “seja certo”; *ii*) a segurança confundida “com certeza do Direito”, bem como *iii*) “segurança contra alterações do próprio direito positivo”³⁰⁶.

³⁰³ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79 et seq. Aduzindo que, além da Teoria Geral do Direito, seria a segurança jurídica igualmente fundamental para a Filosofia do Direito: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ltr, 1996, p. 21.

³⁰⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168-169.

³⁰⁵ NUNES, op. cit., p. 166.

³⁰⁶ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 80-81.

Por sua vez, Humberto Ávila apresenta seu conceito de segurança jurídica nos seguintes termos:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma ‘norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro³⁰⁷.

Bem se observa que o conceito de segurança jurídica em Ávila gira em torno de três eixos gravitacionais: *i)* a cognoscibilidade³⁰⁸; *ii)* a confiabilidade³⁰⁹ e *iii)* a calculabilidade³¹⁰, os quais, juntos, manifestam-se em duas distintas dimensões, a estática e a dinâmica.

Não se destina entre os fins da presente obra apresentar uma definição omnicompreensiva da segurança jurídica, se é que esta empreitada é possível. Bastará, para as finalidades propostas, constatar que existem duas dimensões que se reputam ser o fio condutor que atribui uma noção conceitual mínima ao conceito de segurança jurídica. Passemos a estudá-las.

3.2.3.1.2 Duas dimensões conceituais (estática e dinâmica)

Da análise das noções e conceitos exemplificativamente apresentados no tópico anterior, percebe-se claramente a existência de certo consenso discursivo a atrelar a segurança jurídica aos ideais de estabilidade e de previsibilidade do Direito³¹¹.

³⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 682.

³⁰⁸ Segundo Humberto Ávila, “*Cognoscibilidade* significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio de sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e excutoriedade”. ÁVILA, op. cit., p. 683.

³⁰⁹ Para Ávila, “*Confiabilidade* significa o estado ideal em que o cidadão pode saber *quais* são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando, dessa forma, que os seus direitos sejam *frustrados*. Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem, o que depende da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes”. ÁVILA, op. cit., p. 683.

³¹⁰ Por seu turno, no pensamento do autor em estudo, “*Calculabilidade* significa o estado ideal em que o cidadão pode saber *como* e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja *surpreendido*. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã [...]”. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 683.

³¹¹ MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos**

Sobre o tema, embora aparentemente circunscrito ao âmbito mais restrito da aplicação jurisdicional do Direito, registra Humberto Theodoro Júnior haver “dois sentidos, segundo certos autores, a serem distinguidos no conceito de segurança jurídica: a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas”³¹².

Em nosso entendimento, as ideias de estabilidade e de previsibilidade, além de se constituírem na chave conceitual da segurança jurídica, tornam manifesta a incidência do valor em estudo em duas dimensões distintas: a estática e a dinâmica.

No sentido exposto, ao analisar especificamente o significado da expressão razões de segurança jurídica prevista no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, conclui didaticamente Ana Paula Ávila que o “valor representado pela segurança jurídica envolve, pelo menos, duas dimensões: de um lado, a *certeza quanto à norma que regula os atos sociais*; e, de outro, a *expectativa ou confiança quanto à situação do indivíduo na sociedade*”³¹³.

A autora em destaque aparentemente relaciona as dimensões estática e dinâmica da segurança jurídica com as formas temporais *ex ante* e *ex post*. Segundo explicita, a segurança jurídica *ex ante* diz respeito aos mecanismos que possibilitam a cognição e a interpretação do Direito por parte dos cidadãos, enquanto a segurança jurídica *ex post* condiz com o predicado da ordem jurídica de possibilitar instrumentos que garantam a estabilidade dos mecanismos tendentes à cognição e interpretação do Direito, reconhecendo uma pauta comportamental dos cidadãos diante do caso concreto.

Em que pese não se referir nominalmente às dimensões estática e dinâmica, Helmut Coing manifesta, em suas lições, ao menos um aspecto estático (perenidade, inviolabilidade do Direito, excluindo-se do arbítrio o quanto determinado legalmente, o que é inegavelmente uma manifestação de certeza do fenômeno jurídico) e outro dinâmico (confiança no Direito) da segurança jurídica, ao expor que o Direito “deve perdurar; deve-se confiar nisto. Pode-se contar com uma amplitude permanente, a que exclui a modificação. A pessoa pode organizar-se com base nisto, ela pode construir sua vida na proteção desta ordem”³¹⁴.

do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 115. Comungando deste entendimento, apenas a título exemplificativo: ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica:** entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 191-192.

³¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista autônoma de direito privado**, n. 2, p. 199-230, jan./mar. 2007, p. 102.

³¹³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade:** ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 147-148.

³¹⁴ COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito.** Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 190-191.

Por seu turno, Jorge Amaury Maia Nunes traz ao debate o entendimento da francesa Anne-Laure Valembois, a qual também concebe uma dimensão estática da segurança jurídica, identificada com a máxima da certeza do Direito, implicando o conhecimento do fenômeno jurídico e a previsibilidade das consequências dele advindas, bem como uma dimensão dinâmica, a qual “implica a estabilidade e a previsibilidade do próprio Direito, aqui incluído o princípio da proteção da confiança legítima e seu símile, a teoria dos atos próprios, fundada no apotegma: *venire contra factum proprium non potest*”³¹⁵.

A visão da segurança jurídica em duas dimensões é compartilhada por Humberto Ávila, para quem a dimensão estática deste princípio estaria imbricada com a questão de se conhecer o direito. A cognoscibilidade seria, então, o termômetro desta dimensão da segurança jurídica, medindo as qualidades que o Direito deve possuir para ser considerado seguro, servindo de instrumento de orientação aos cidadãos³¹⁶.

Na esfera do Direito legislado, seriam exemplos de regras garantidoras da cognoscibilidade e, portanto, da feição estática da segurança jurídica, os preceitos reguladores do nascimento da obrigação tributária, como o princípio da legalidade e da reserva de lei complementar para algumas matérias específicas³¹⁷.

Por outro lado, a dimensão dinâmica da segurança jurídica “refere-se ao problema da ação no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa ‘assegurar’ direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de *instrumento de proteção*”³¹⁸.

As ideias centrais da dimensão dinâmica da segurança jurídica, em Ávila, seriam a confiabilidade e a calculabilidade, critérios que visam a mensurar a percepção dos cidadãos acerca da permanência no tempo da base normativa fornecida pelo Direito, com vistas a que possam planejar suas vidas e atividades econômicas com um mínimo de avaliação prospectiva das consequências jurídicas futuras³¹⁹.

Ainda na seara do Direito Tributário, Ávila cita como exemplos de normas a garantir a confiabilidade e a calculabilidade, respectivamente, a que proíbe a modificação de critérios jurídicos na aplicação da legislação tributária e a clássica regra da anterioridade, as quais, em conjunto, permitem que o contribuinte possa antever minimamente em que quadro normativo é cobrado no presente e poderá ser onerado pelo exercício futuro da imposição exacional por parte do Estado³²⁰.

³¹⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84-85.

³¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 682.

³¹⁷ Ibid., p. 683.

³¹⁸ Ibid., p. 682.

³¹⁹ Ibid., p. 61.

³²⁰ Ibid., p. 684.

Pode-se arrematar, em breve síntese, que a noção de previsibilidade condiz com a qualidade do Direito de ser cognoscível pelos cidadãos, o qual poderá identificar a norma aplicável a suas relações intersubjetivas com tanto mais clareza quanto seja o grau de segurança jurídica observável na sociedade a que pertença. A verificação proposta se situa na dimensão estática da segurança jurídica.

Por outra banda, verificar-se-á a estabilidade no âmbito da dinamicidade do agir temporal, aspecto no qual a segurança jurídica se volta à proteção da confiança, à salvaguarda das situações consolidadas e à conseqüente sensibilidade, ou não, dos cidadãos de que o Direito conhecido é apto a garantir certo grau de avaliação para o futuro das conseqüências jurídicas que poderão advir em decorrência de suas condutas, com vistas a planificar suas atuações em sociedade. Condiz a dimensão dinâmica, portanto, não somente com a passagem do passado ao presente, como também do presente ao futuro.

3.2.3.1.3 Fundamento constitucional da segurança jurídica

A despeito da inegável inserção da segurança jurídica como objeto de estudo da denominada Teoria Geral do Direito e de serem antigos os debates doutrinários acerca desta matéria, percebe-se, a partir do século XIX, uma verdadeira tendência de positivação do aludido princípio³²¹ nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Em verdade, o clamor humano por segurança, seja em sentido lato (abrangendo outras dimensões que não jurídicas como, por exemplo, a segurança física do indivíduo) seja regulando especificamente relações jurídicas travadas entre os sujeitos de direitos, tem sido apontado pela doutrina como um valor fundamental inerente a todo e qualquer Estado que ostente a pretensão de ser alcunhado “de Direito”³²². A segurança jurídica se manifestaria, assim, sob o aspecto material e ao lado da justiça, como verdadeiro pilar estruturante deste paradigma³²³.

³²¹ NUNES, Jorge Amaury. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89. Importante, aqui, salientar a percuciente observação de Jorge Amaury Maia Nunes, que destaca ser esta necessidade de positivação da segurança jurídica uma preocupação comumente evidenciada em grau inversamente proporcional ao grau de estabilização das sociedades. Nestes termos, “por exemplo, em países do norte da Europa não se encontra com facilidade a discussão sobre o assunto”. *Ibid.*, p. 79.

³²² SALET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 88.

³²³ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46-63, out.-dez. 1987, p. 46. Um aprofundamento da evolução do Estado de Direito e da relação histórica deste paradigma

Neste sentido, visando a assegurar a formalização mais solene possível a esta verdadeira razão fundamental do Direito³²⁴, observou-se, nas últimas décadas do século passado, um movimento tendente à atribuição de envergadura constitucional ao princípio da segurança jurídica.

Assim, apenas a título de exemplo, a atual Constituição Espanhola, desde 1978, consagra em seu artigo 9º, terceiro apartado, a garantia constitucional do “*principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”³²⁵.

Outro paradigmático exemplo de explícita positivação da segurança jurídica num Texto Constitucional já estudado no trabalho vertente é verificado no art. 282, nº 4, da Constituição portuguesa ora vigente, na redação que lhe foi conferida pela Revisão Constitucional operada em 1982.

Consoante já estudado no vertente labor, o dispositivo citado erigiu expressamente a segurança jurídica como um dos três critérios materiais aptos a possibilitar que o Tribunal Constitucional lusitano fixe os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que a tradicional invalidação desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal (para os casos de inconstitucionalidade ou ilegalidade originária) ou desde a entrada em vigor da norma constitucional ou legal que sirva de parâmetro (para as hipóteses de inconstitucionalidade ou ilegalidade superveniente).

Também no Brasil, doutrina e jurisprudência parecem acordes quanto ao assentamento constitucional da segurança jurídica, ainda que o legislador constituinte originário não tenha realizado nenhuma citação expressa desta locução.

Entendemos, contudo, ter o legislador constituinte derivado, ao inserir no Texto Constitucional a regra constante do art. 103-A, §1º, da CF/88, por ocasião da “Reforma do Judiciário” operada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, positivado explicitamente o princípio da segurança jurídica, ainda que pela menção a sua forma negativa, vale dizer,

com o princípio da segurança jurídica pode ser encontrado em: TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 125-183.

³²⁴ A expressão é de Theophilo Cavalcanti Filho, para quem, forte nos ensinamentos de Recasens Siches, “a razão fundamental que justifica o direito é a exigência de certeza e segurança nas relações que se estabelecem na sociedade”. CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 52.

³²⁵ ESPANHA. Constituição espanhola. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=9&tipo=2>>. Acesso em: 6 fev. 2014.

a situação que se configura em decorrência da inobservância deste princípio, que é a “insegurança jurídica”³²⁶.

Cuida-se da possibilidade de edição de súmulas vinculantes que tenham por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave “insegurança jurídica” e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Inobstante a verificação de dissenso doutrinário quanto à existência ou não de uma menção expressa à segurança jurídica na Lei Maior, é fato que o Texto Constitucional prevê em vinte e seis distintas passagens o vocábulo “segurança”, registrando-se já em seu preâmbulo a asserção de que a Assembléia Nacional Constituinte reuniu-se com vistas a “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança [...]”³²⁷.

Muito embora também seja discutível se algumas destas passagens fazem alusão à segurança jurídica ou a outros aspectos da segurança em sentido amplo, como a segurança física dos indivíduos ou a segurança do território nacional contra ataques externos, parece indene de dúvidas, em doutrina e jurisprudência, o assento constitucional do princípio em estudo.

Neste sentido, Humberto Ávila identifica inúmeros fundamentos diretos e indiretos deste princípio, divisão esta que faz tomando por referencial teórico a imbricação da segurança jurídica com os ideais de estabilidade e de previsibilidade, manifestados pelos eixos gravitacionais da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade do Direito³²⁸.

Augusto Cesar de Carvalho Leal, forte nos ensinamentos de Ávila, destaca que “os fundamentos diretos correspondem às normas constitucionais que protegem diretamente a segurança jurídica, seja garantindo expressamente a própria segurança, seja resguardando a eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica”³²⁹.

³²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2014.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 191-192.

³²⁹ LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica**: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. 2013. 253 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, p. 53.

Seriam, nestes termos, fundamentos diretos não somente a proteção explícita da “segurança” referenciada no *caput* do art. 5º da Constituição Republicana³³⁰ como também a proteção eficaz oblíqua deste valor fundamental estatuída nas garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88)³³¹.

Luís Roberto Barroso acentua, inclusive, que o preceituado no *caput* do art. 5º da CF/88 consagra a positivação do aspecto de direito individual à segurança jurídica³³², dimensão esta que inclusive já foi aventada em julgado proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal³³³.

Por seu turno, consideram-se fundamentos indiretos os princípios e regras os quais, a depender do ângulo pelo qual sejam estudados, “ora revelam meios ou fins menos abrangentes dos quais se podem induzir os elementos estruturantes da segurança jurídica, ora traduzem fins mais abrangentes dos quais se podem deduzir estes mesmos elementos”³³⁴.

Para Ávila, são, por exemplo, fundamentos indiretos da segurança jurídica os sobreprincípios do Estado de Direito e do Estado Social de Direito, cujas concretizações dependeriam do atingimento das finalidades mais restritas da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade³³⁵.

Aliás, a caracterização da segurança jurídica como decorrência indireta, implícita ou ainda como subprincípio estruturante do Estado de Direito é praticamente uníssona no pensamento constitucional contemporâneo, no âmbito do qual se teria enraizado, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a ideia de que “um Estado de Direito é sempre também – pelo

³³⁰ “CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2014. Neste sentido, muito embora advirta que esta passagem seja normalmente relacionada à segurança física do indivíduo, destaca Ana Paula Ávila que tal menção “é extensiva também à segurança jurídica”. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 146-147.

³³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 192. Não se insere dentro dos fins da presente obra a análise particularizada do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, afigurando-se suficiente identificar tais conceitos enquanto claras manifestações do princípio da segurança jurídica, e os quais visam precipuamente a proteção do jurisdicionado “em face de eventual alteração da regra de direito regente de certa matéria”. NUNES, Jorge Amaury. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

³³² BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Luís Roberto Barroso. **Revista de direito do Estado**: RDE, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006, p. 274.

³³³ “[...] a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 3.685**. Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ de 10/8/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

³³⁴ ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 192.

³³⁵ Ibid., p. 192.

menos em princípio *e num certo sentido* – um estado de segurança jurídica”³³⁶, sendo esta igualmente a percepção da jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o tema.

A par do sobreprincípio do Estado de Direito, outros fundamentos indiretos da segurança jurídica podem ser encontrados na Constituição Federal de 1988.

Assim, ao preconizar os estados de proteção da liberdade, da propriedade e da igualdade, estaria a Lei Maior a garantir reflexamente o princípio da segurança jurídica, uma vez que aqueles específicos fins somente poderiam se realizar em sua plenitude acaso garantidos os pressupostos emergentes do princípio objeto do presente tópico³³⁷.

Igualmente são identificados como fundamentos indiretos da segurança jurídica os princípios da moralidade, da publicidade e do devido processo legal, incluindo-se os princípios decorrentes deste último, como o do juiz natural, da imparcialidade do julgador, do contraditório e da ampla defesa. Nestas hipóteses, têm-se um fundamento por indução da segurança jurídica, a qual passa a ser visualizada como sobreprincípio, na medida em que aqueles “subprincípios funcionam como fins menos amplos relativamente àquele cuja realização é determinada pelo princípio da segurança jurídica”³³⁸.

Ainda por utilização de um pensamento indutivo, podem ser citados como fundamentos indiretos da segurança jurídica os princípios da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, na medida em que prescrevem a adoção de condutas cuja realização contribuirá para promover, com base na cognoscibilidade do direito posto, os estados de confiabilidade e de calculabilidade componentes da ideia de segurança jurídica para Ávila³³⁹.

Com tais lições, pretende demonstrar Humberto Ávila que muitas são as formas pelas quais a Constituição salvaguarda a segurança jurídica: “protegendo-a diretamente, determinando a busca de ideais que a pressupõem, instituindo ideais que a instrumentalizam ou mesmo prevendo comportamentos necessários à realização dos ideais parciais que a compõem”, fundamentos estes verificáveis por intermédio de operações ora dedutivas ora indutivas³⁴⁰.

³³⁶ SALET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 90. Esta é também a avaliação de: SILVA, Jamyl de Jesus. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil: segurança jurídica e legitimidade democrática das decisões judiciais no Estado Constitucional de Direito**. 2013. 171 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, p. 13.

³³⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 193.

³³⁸ Ibid., p. 193.

³³⁹ Ibid., p. 193.

³⁴⁰ Ibid., p. 194.

Igualmente já se assentou o *status* constitucional do princípio da segurança jurídica na jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo este valor fundamental recorrente na produção pretoriana dessa Excelsa Corte.

Muito embora sejam antigas as menções à segurança jurídica na jurisprudência da Excelsa Corte, verifica-se recentemente um notável aumento da preocupação do STF em torno deste fundamento do Direito.

Em abono a esta afirmação, registra Judith Martins-Costa que, em agosto de 2003, o Ementário eletrônico do Supremo Tribunal Federal noticiava 37 decisões indexadas a partir da expressão “segurança jurídica”³⁴¹. Pouco mais de dez anos após este panorama, em abril de 2014, foram observadas 1.162 acórdãos e 15.997 decisões monocráticas indexadas a esta expressão³⁴².

Numa etapa mais recente, difundiram-se, na Excelsa Corte, manifestações *expressis verbis* acerca: *i*) da configuração da segurança jurídica como um princípio³⁴³; *ii*) de sua envergadura constitucional³⁴⁴; *iii*) de sua decorrência do princípio do Estado de Direito³⁴⁵, alçando-o, bastas vezes, como um verdadeiro subprincípio deste último³⁴⁶, bem como *iv*) do reconhecimento deste princípio também sob o aspecto de um direito individual³⁴⁷, gravado sob a qualificação de cláusula pétrea³⁴⁸. Sintetizando todo o exposto, já se registrou na Excelsa Corte que:

³⁴¹ COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out.-dez. 2004, p. 112-113.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

³⁴³ Id. **Acórdão proferido no julgamento do RE 566.621**. Plenário. Rel. Min. Ellen Gracie. DJe de 11/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628479>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

³⁴⁴ Id. **Acórdão proferido no julgamento do RE 477.554-AgR**. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 26/8/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 14 abr. 2014; Id. **Acórdão proferido no julgamento da ACO 79**. Plenário. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe de 28/5/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2073053>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

³⁴⁵ Entendendo ser o princípio da segurança jurídica um “elemento conceitual do Estado de Direito”: Id. **Acórdão proferido no julgamento do MS 24.448**. Plenário. Rel. Min. Ayres Britto. DJ de 14/11/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494628>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

³⁴⁶ Id. **Acórdão proferido no julgamento do MS 22.315**. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe de 16/5/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2008237>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

³⁴⁷ Id. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 3.685**. Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ de 10/8/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

³⁴⁸ Id. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 4.307-MCREF**. Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe de 5/3/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4597944>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

No âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica. [...] o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g., art. 2º). [...] Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material³⁴⁹.

A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/1999 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional³⁵⁰.

A esta altura da exposição, cumpre fazermos uma brevíssima advertência, sem pretensão alguma de esgotamento do tema, acerca da caracterização deontológica da segurança jurídica.

A segurança jurídica já foi referida, no presente tópico, como valor, princípio, sobreprincípio, subprincípio e direito subjetivo. Seriam estas qualificações contraditórias entre si?

Entendemos pela negativa como resposta ao questionamento formulado.

Forte nas ponderações tecidas por Humberto Ávila sobre a matéria, compreendemos que a segurança jurídica pode ser concebida sob todos os aspectos já mencionados na presente pesquisa.

Assim, a segurança jurídica, ao preconizar os ideais de previsibilidade e de estabilidade, ou, ainda, na dicção de Ávila, a tríade cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, transveste-se inegavelmente sob a forma de um princípio jurídico, os quais podem ser caracterizados, na perspectiva elegida na presente pesquisa, como espécies normativas “imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”³⁵¹. Em outras palavras, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas que demandam a adoção de comportamentos que geram efeitos os quais

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da Pet. 2.900-3 QO**. Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 1º/8/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>>. Acesso em: 17 abr. 2014. Em semelhante sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do MS 24.268**. Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 17/4/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 17 abr. 2014; Id. **Acórdão proferido no julgamento do HC 82.959**. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 1º/9/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

³⁵⁰ Id. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 4.029**. Plenário, Rel. Min. Luiz Fux. DJe de 27/6/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

³⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 203.

contribuirão para a promoção daquele estado ideal³⁵². Tais normas se prestam ao estabelecimento de meios (condutas que se fazem mister para que ele seja promovido) com vistas ao atingimento de uma finalidade (entendida como estado de coisas) por ele proposta.

As regras, por seu turno, seriam espécies normativas “imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”³⁵³. A estruturação deôntica das normas revelaria a existência de uma hipótese, também designada suposto ou antecedente, a qual seria, por sua vez, conjugada a um mandamento, também denominado consequência ou estatuição. A cópula deôntica associaria estes dois elementos, caracterizando a imputação normativa³⁵⁴.

Partindo-se dos conceitos propostos, afigura-se intuitiva a caracterização da segurança jurídica também como subprincípio ou como sobreprincípio, na exata medida em que comparada com outros princípios que preconizam a concretização de finalidades mais amplas (como o princípio do Estado de Direito) ou mais restritas (como os princípios da irretroatividade tributária ou da proteção da confiança)³⁵⁵.

De igual sorte, a segurança jurídica também pode ser compreendida como um valor, porquanto os ideais por ela fomentados contribuem para realização de um estado desejável, digno de ser promovido. Lícito, pois, caracterizá-la, como um “*juízo axiológico* concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com *determinado sistema de valores*”³⁵⁶.

Igualmente, considera-se que a segurança jurídica pode adotar a perspectiva de direito individual, assumindo a conotação de proteção à confiança de um cidadão determinado em função de uma manifestação específica do Direito. Sobre o tema, valente consignar as lições de Humberto Ávila:

[...] a segurança jurídica pode assumir tanto uma dimensão objetiva e impessoal, relacionada ao interesse coletivo ou geral de manutenção da ordem, quanto uma dimensão estritamente pessoal, vinculada a interesses individuais. No primeiro caso, tem-se o princípio da segurança jurídica; no segundo, o denominado

³⁵² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 113.

³⁵³ Id. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 203.

³⁵⁴ Id. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 112-114.

³⁵⁵ Ibid., p. 692-693.

³⁵⁶ Ibid., p. 108.

princípio da proteção da confiança legítima (*Vertrauensschutzprinzip*). Embora relacionados, eles são diferentes: o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico, de modo geral e abstrato, independentemente do interesse específico de alguém, podendo, inclusive, ser instrumento para contrariar interesses individuais; o princípio da proteção da confiança faz referência a uma situação subjetiva e concreta e destina-se unicamente a manter uma situação jurídica favorável a determinado sujeito³⁵⁷.

Sobre o entendimento acima noticiado, valente consignar que, muito embora Ávila aparentemente se refira aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como princípios distintos, fá-lo tão-somente para enfatizar que se trata de manifestações distintas da segurança jurídica, o que fica claro com a sua menção às dimensões subjetiva e objetiva deste valor.

Por sua vez, Heleno Taveira Torres compreende que o “*princípio da proteção de expectativas de confiança legítima*” não ostentaria autonomia em relação ao próprio princípio da segurança jurídica, uma vez que este “requer a confiança dos jurisdicionados no bom funcionamento do Sistema Jurídico e esta confiança, por sua vez, apresenta-se como uma eficácia do princípio de certeza do direito ou da estabilidade do ordenamento, para exigir a recomposição do *estado de segurança*”³⁵⁸. Em que pese a afirmação do autor destacado, demonstraremos mais à frente que nada obsta que estas dimensões objetiva e subjetiva da segurança jurídica se tensionem.

Consoante observa Almiro do Couto e Silva, a doutrina pátria costuma interpretar a expressão segurança jurídica positivada em nível infraconstitucional, no Brasil, mediante as Leis nº 9.784, nº 9.868 e nº 9.882, todas do ano de 1999, em sua vertente subjetiva, voltada à proteção da confiança³⁵⁹, o que, no referencial que ora adotamos, corresponderia à dimensão dinâmica da segurança jurídica, a qual também se encaixa no *locus* constitucional.

Aliás, entendemos que a Constituição Federal de 1988 concebeu a segurança jurídica, implícita ou explicitamente, sob todas as caracterizações propostas ao longo deste trabalho.

Nada obstante tal constatação, independentemente de estar expressa ou implicitamente albergado pela Constituição Republicana, consoante alerta Jorge Amaury Maia Nunes, importa salientar que “o princípio da segurança jurídica continuará ostentando a

³⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 261

³⁵⁸ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 220.

³⁵⁹ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul.-set. 2004, p. 15-16.

condição de fundamento, de pedra basilar, do Direito. Não será a inserção constitucional – muito ao revés – que lhe irá alterar a natureza”³⁶⁰.

Mas é importante retermos, para os fins da presente pesquisa, que, no ordenamento jurídico brasileiro, não restam dúvidas de que o princípio da segurança jurídica, a par de constituir um valor fundamental da ordem jurídica brasileira, ostenta incontestável envergadura constitucional.

Nos termos propostos, mencionou o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, um critério material de cariz inegavelmente constitucional (razões de segurança jurídica), com vistas a possibilitar que o STF relativize, no exercício da fiscalização concentrada abstrata, a regra da atribuição de efeitos retro-operantes às decisões positivas de inconstitucionalidade.

A conclusão acima aventada releva sobremaneira para o fim de perscrutarmos a extensão do poder jurisdicional para limitar os efeitos da decisão positiva de inconstitucionalidade no âmbito da fiscalização concreta exercitável difusamente, tema que será objeto do próximo capítulo.

3.2.3.2 A expressão “excepcional interesse social”

Muito embora pareça incontestável o caráter jurídico e o *locus* constitucional do critério material razões de segurança jurídica, tal não sucede com o denominado critério do excepcional interesse social, expressão vaga que, apesar de reclamar densificação normativa, tem sido pouco explorada pela doutrina³⁶¹.

Da simples conformação linguística da locução em análise, percebe-se a clara influência da obra do legislador constituinte lusitano, o qual atribuiu ao Tribunal Constitucional português o condão de romper com a tradicional atribuição de efeitos retro-operantes decorrente da teoria da nulidade com fundamento no “interesse público de excepcional relevo” (art. 282, nº 4, da CRP).

Contudo, o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, parece ter sido recebido, num primeiro momento, com ainda mais críticas do que sua fonte de inspiração o foi em Portugal.

Neste sentido, a exacerbada indeterminação conceitual da expressão em estudo aliada ao fato de tal mecanismo ter sido, ao contrário do que sucede em Portugal com a semelhante expressão “interesse público de excepcional relevo”, positivado mediante lei

³⁶⁰ NUNES, Jorge Amaury. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

³⁶¹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 291.

infraconstitucional, seriam, no entender de Ana Paula Ávila, razões para se levar a sério a consideração de que seria inconstitucional a tentativa de se aplicar o mecanismo previsto no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, com estribo no critério mencionado. Isto porque a fluidez e a ambiguidade deste conceito conduziriam a uma imprevisibilidade na aplicação do dispositivo, atentando contra o princípio da segurança jurídica e de seu suporte maior do princípio do Estado de Direito³⁶².

Não obstante a crítica razoável lançada pela autora referenciada, tem prevalecido mais recentemente entre os autores brasileiros a ideia também majoritariamente aceita na doutrina lusitana contemporânea³⁶³, no sentido de que o afastamento dos efeitos *ex tunc* propugnados pela teoria da nulidade não se pode embasar em fundamentos de jaez exclusivamente político, mas apenas num anteparo constitucionalmente assegurado³⁶⁴. Esta é, a título de exemplo, a posição defendida, no Brasil, por Gilmar Ferreira Mendes não somente em doutrina, como igualmente na condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

[...] fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei nº 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. [...] 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 próprio³⁶⁵.

Numa acepção aparentemente mais ampla, entende Cristina Aires Corrêa Lima que a compreensão do que seria excepcional interesse social poderia comportar uma interpretação ainda mais lata, abrangendo todos os princípios constantes expressa ou implicitamente da Constituição Federal, uma vez que o respeito a tais valores constitucionais é de interesse social³⁶⁶.

³⁶² ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 166-167.

³⁶³ Vide o subitem 2.3.2 e, em especial, o subitem 2.3.2.3.

³⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 564.

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 875**. Plenário. Rel. Gilmar Mendes. DJe de 30/4/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>>. Acesso em: 2 set. 2013.

³⁶⁶ “E, para não prejudicar o juízo de constitucionalidade do art. 27 em comento, pode lhe ser conferida uma interpretação conforma a Constituição, na medida que se entenda que os princípios dele elencados não são taxativos [...]. De outro lado, a compreensão do que seria excepcional interesse social poderia comportar tal interpretação, visto que, em última análise, o respeito a todos os princípios constitucionais é de interesse social. Assim, em nome desse interesse, todos os princípios constantes da Carta devem ser aptos a serem

A interpretação da autora em destaque, que também já encontrou eco em julgado produzido pela Excelsa Corte³⁶⁷, visa embasar seu entendimento no sentido de se utilizar a técnica de interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, com vistas a se compreender que os critérios razões de segurança jurídica e razões de excepcional interesse social não constituem um rol taxativo (*numerus apertus*), podendo qualquer princípio constitucional ser confrontado *in concreto* com o princípio da nulidade³⁶⁸. Passemos a uma breve análise crítica acerca desta leitura do preceito em estudo.

3.2.4. A interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999

Impende registrar, desde já, que nos filiamos ao entendimento doutrinário segundo o qual a competência para restringir a regra da retroatividade de efeitos no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade não foi atribuída originariamente ao Supremo Tribunal Federal pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999³⁶⁹. Isso porque o poder em destaque é, segundo pensamos, uma inerência do exercício da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, no âmbito da qual competirá ao julgador constitucional solucionar eventuais conflitos existentes entre normas constitucionais num dado caso concreto.

confrontados com o princípio da nulidade, quando o caso exigir”. LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. 2000. 205 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, p.191-192.

³⁶⁷ Ao proferir seu voto que viria a se tornar condutor do julgamento dos embargos de declaração na ADI 3.601, consignou o Min. Dias Toffoli que “[...] 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”. Não obstante o mencionado excerto do voto-condutor, portou a ementa do julgado a consideração no sentido de que “excepcional interesse social” estaria identificado com “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 3.601 ED**. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ de 15/12/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>>. Acesso em: 2 set. 2013.

³⁶⁸ LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. 2000. 205 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, p. 191-192.

³⁶⁹ Neste sentido, a título de exemplo, Christina Aires Corrêa Lima defende “[...] que não é necessária qualquer lei para conferir ao Supremo o poder de restringir a aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, ou de seu efeito retroativo, vez que tal poder é inerente à função jurisdicional, que no embate de princípios constitucionais conflitantes deve conferir-lhes o peso adequado, de forma a minimizar, ou afastar completamente a aplicação de um, em detrimento do outro, na solução do caso concreto. Some-se que a questão relativa à verificação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, também é uma questão constitucional e, por isso, obviamente, estaria contida no poder de guardião da Constituição, por ela conferida ao Supremo Tribunal Federal”. LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. 2000. 205 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília, p. 184.

Nos termos propostos, estabelecer se a regra da invalidação retro-operante se impõe ou não, num dado contexto específico, implicará sempre a resolução de um conflito normativo de jaez constitucional, o qual deverá ser enfrentado pelo julgador mediante um exame global da Constituição, considerada em sua unidade normativa.

Outra não parece ser a preocupação de Jorge Amaury Maia Nunes, ao advogar que:

[...] não é suficiente ao órgão de controle afirmar que a norma sindicada é nula e por isso deve ser expungida do ordenamento jurídico, ou que é hígida e deve continuar a ser aplicada. Isso não basta. Conforme o caso, outras manifestações da corte constitucional poderão vir à tona, como forma de bem caracterizar a conformidade ou desconformidade constitucional e de preservar a maior eficiência do ordenamento jurídico, tanto no que concerne à sua unidade, como no que diz com o respeito ao princípio da segurança jurídica³⁷⁰.

Consoante já observado, a própria Exposição de Motivos do projeto posteriormente convertido na Lei nº 9.868, de 1999, apontou que a regra de atribuição de efeitos retro-operantes somente poderia ser afastada mediante a resolução de um conflito normativo que demandaria “um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27)”³⁷¹, de molde que “o princípio da nulidade somente seria afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”³⁷².

Avançando na análise do tema, ao defender uma interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, Ana Paula Ávila explica que a aplicação do mencionado preceito infraconstitucional com vistas a se superar a “regra [d]a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o conseqüente desfazimento de todos os efeitos que a norma inconstitucional tenha produzido”³⁷³, demanda:

[...] um procedimento de ponderação estruturado em três fases distintas: primeiro, a identificação e análise dos princípios (valores, direitos, interesses, etc.) que estejam em conflito em face do caso concreto; segundo a atribuição de peso e importância correspondente a cada princípio objeto de ponderação; e, terceiro, a determinação da prevalência de um princípio sobre os demais³⁷⁴.

Alguns autores que tratam do assunto têm apontado para o uso da proporcionalidade com vistas a se determinar em que medida a atribuição de efeitos diversos

³⁷⁰ NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

³⁷¹ BRASIL. Poder Executivo. **Mensagem nº 396**. Exposição de Motivos nº 189, de 07/4/1997.

³⁷² Ibid.

³⁷³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 95.

³⁷⁴ Ibid., p. 92.

da regra de retro-operação “é o meio adequado, necessário e proporcional *stricto sensu* para a promoção da supremacia da Constituição como um todo”³⁷⁵.

A esta altura da exposição, insta pontuarmos duas críticas a posições comumente observadas na doutrina.

Primeiramente, não somos seduzidos pelo argumento repetido por inúmeros autores e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o eventual afastamento dos efeitos em regra retro-operantes decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade seria resultado de uma ponderação a ser realizada entre um suposto “princípio da nulidade” do ato inconstitucional, de um lado, e outros princípios e valores constitucionais de outro³⁷⁶.

Em momento algum a Constituição se referiu expressa ou implicitamente à existência de um suposto “princípio da nulidade”, cuja existência pensamos ser fruto de um esforço retórico com vistas a simplificar perigosamente o procedimento de ponderação exigido para se determinar eventual limitação da regra de atribuição de efeitos retro-operantes às decisões positivas de inconstitucionalidade.

Importante consignar que o vocábulo “ponderação” é utilizado na presente dissertação em sua acepção lata, considerada como uma máxima de “sopesamento entre razões e contrarrazões”³⁷⁷.

Sob a perspectiva elegida, toda e qualquer norma jurídica seria passível de ponderação, *ex vi* do caráter argumentativo revelado pelo próprio fenômeno jurídico³⁷⁸, razão

³⁷⁵ Para a análise da proporcionalidade na extensão destacada, vide a obra de: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 134 et seq. Na doutrina lusitana, Rui Medeiros explica que a: “[...] proporcionalidade nas vertentes da adequação e da necessidade, impõe que a própria limitação de efeitos seja idónea e necessária para salvaguardar a segurança jurídica, a equidade e o interesse público de excepcional relevo. Mas, para efeitos do esclarecimento cabal da solução adoptada no nº 4 do artigo 282 da Constituição, decisiva é a terceira vertente do princípio da proporcionalidade. A ideia de proporcionalidade em sentido estrito obriga a verificar se o resultado obtido com a limitação de efeitos é *proporcional* à carga coactiva do mesmo. Trata-se, pois, de pesar a desvantagem do meio (sacrifício do princípio da constitucionalidade em sentido estrito) em relação à vantagem do fim (salvaguarda da segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo). [...]. Impõe-se [...] a ponderação dos diferentes interesses em jogo e, concretamente, o confronto entre os interesses afectados pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e reprivatizatória”. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 702-703.

³⁷⁶ Esta é, por exemplo, a posição defendida por: ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 318.

³⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 64.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 64. Ávila não somente defende que este entrechoque de razões e contrarrazões que revela a significação da ponderação é aplicável a todo e qualquer conflito normativo, como inclusive aprofunda os diferentes processos argumentativos de sopesamento das regras e dos princípios. *Ibid.*, p. 64 et seq.

pela qual não nos comprometemos com eventual entendimento que atrele este processo dialético como um método privativo da aplicação dos denominados princípios jurídicos.

Entendemos, neste diapasão, que, na resolução do conflito normativo acima referenciado, não somente uma como inúmeras normas constitucionais podem apontar para a necessidade de desfazimento de todos ou de alguns efeitos produzidos por aplicação do ato normativo objeto da fiscalização de constitucionalidade. São justamente estas normas constitucionais reputadas violadas que, à luz do postulado da supremacia da Constituição³⁷⁹, suportam o efeito retro-operante³⁸⁰.

Por sua vez, em determinados casos concretos, uma ou mais normas também de jaez constitucional poderão ser encontradas em situação antípoda, prescrevendo a manutenção dos efeitos produzidos ao amparo do ato normativo acoimado de inconstitucionalidade.

A ponderação destes dois conjuntos normativos visa justamente a assegurar o postulado da supremacia constitucional “*como um todo*”³⁸¹, evitando-se que a aplicação indiscriminada dos efeitos *ex tunc* redunde num agravamento do estado de inconstitucionalidade.

A segunda crítica a ser registrada é que, ao nos referirmos ao gênero “norma constitucional”, consideramos que não somente princípios constitucionais como igualmente regras constitucionais podem tanto sustentar a retro-operação de efeitos como também amparar a manutenção destes.

É com estas críticas pontuais que se aceita a consideração de que a limitação da regra de invalidação retro-operante implicará sempre a resolução de um conflito normativo de jaez constitucional, a evidenciar que não somente os princípios como também as regras podem recomendar a supressão retroativa de efeitos produzidos por aplicação do ato normativo posteriormente julgado inconstitucional ou, por outro lado, a manutenção desses efeitos.

³⁷⁹ Ana Paula Ávila, forte nos ensinamentos de Humberto Ávila, concebe a supremacia da Constituição como um “postulado normativo que estrutura a aplicação de outras normas através da fixação de uma hierarquia e prescreve uma determinada forma de racionalidade, a de que a norma inferior não deve contrariar a norma superior. Algo como: *se a Constituição está acima de tudo, tudo o que a contrarie não vale*”. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 66. É neste sentido que se concebe a supremacia da Constituição nesta dissertação.

³⁸⁰ Ibid., p. 95.

³⁸¹ “A tese da nulidade da lei inconstitucional não se confunde com a supremacia da Constituição, mas constitui, indubitavelmente, uma técnica para assegurar essa supremacia, pois repete e reforça a racionalidade prescrita naquele postulado: *se for contrário à Constituição, não vale, não valeu e nem produz, nem produziu qualquer efeito*. Ocorre que uma interpretação adequada do art. 27 lhe confere esta mesma propriedade – a de assegurar a supremacia da própria Constituição-, só que, aqui, a sua promoção vai se operar como um todo”. Ibid., p. 67-68.

E, como bem observa Fábio Martins de Andrade ao analisar a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, o “limite e [o] controle aos quais está submetido o STF na aplicação do art. 27 em matéria constitucional referem-se à argumentação jurídica do sistema normativo constitucional”³⁸².

Não por outra razão, concordamos em parte com o entendimento já explanado de Gilmar Ferreira Mendes, segundo o qual “o art. 27 da Lei nº 9.868/99 limita-se a explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade”³⁸³, razão pela qual indica o “caráter fundamentalmente interpretativo” do mencionado dispositivo, condicionada esta conclusão ao entendimento de que se compreenda os conceitos de segurança jurídica e de excepcional interesse social como vetores amparados na Constituição³⁸⁴, bem como que outras normas constitucionais (e não somente princípios) podem salvaguardar a manutenção dos efeitos produzidos pelo ato normativo objeto das decisões positivas de inconstitucionalidade. É esta compreensão que entendemos sustentar uma interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999³⁸⁵.

Esta linha de raciocínio, contudo, não nos conduz à conclusão tomada por Aires Corrêa, no sentido de se considerar que a expressão excepcional interesse social comportaria todos os princípios constitucionais³⁸⁶.

Ainda que concordemos com o cerne de sua argumentação no sentido de se atribuir uma interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999,

³⁸² ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 317-318. Além da obra de Fábio Martins de Andrade, Ana Paula Ávila também desenvolve o tema: “Sugere-se a necessidade de um exame rigoroso e específico da argumentação jurídica que envolva matéria constitucional, defendendo-se o ponto de vista de que as possibilidades de aplicação do art. 27 nas declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal são limitadas e controláveis, a partir do próprio sistema constitucional, o que afasta a suposta discricionariedade do intérprete e a possibilidade de utilização da norma com base em critérios de conveniência e oportunidade. Primeiro, porque o processo de aplicação do art. 27 sujeita-se a regras argumentativas formais que influenciam o próprio discurso que o justifica, pois esses limites afastam, liminarmente, argumentos externos ao sistema normativo constitucional, sob pena de ruptura com a supremacia da Constituição. Segundo, porque a justificativa da aplicação do dispositivo em questão se submete à regra de prevalência lógico-material que estabelece uma primazia, *prima facie*, para as normas fundamentais da Constituição, o que inclui os direitos e garantias fundamentais”. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 23-24. Ambas as obras citadas aprofundam a argumentação jurídica que permeia o debate em torno do que denominam de “modulação de efeitos” no controle de constitucionalidade.

³⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 563.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 564.

³⁸⁵ Na presente dissertação, entende-se por interpretação conforme a Constituição a técnica decisória mediante a qual, no exame de duas ou mais interpretações possíveis de um ato normativo, é dada primazia àquela “que se revele compatível com a Constituição”. *Ibid.*, p. 523.

³⁸⁶ Vide o subitem 3.2.3.2 retro.

entendemos que “excepcional interesse social” somente abarca as normas constitucionais que caibam dentro deste arquétipo linguístico, providência que apenas pode ser observada no julgamento de cada caso concreto.

Não obstante, compreendemos que os critérios materiais previstos expressamente no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, além de ostentarem envergadura constitucional, são meramente exemplificativos, podendo outras normas constitucionais não somente reforçar a necessidade de limitação da retro-operação de efeitos como igualmente fundamentar a aplicação desta regra geral, com a atribuição de efeitos *ex tunc*.

A despeito de entendermos ser possível conferir a interpretação conforme a Constituição acima explicada ao preceptivo em análise, afigura-se importante registrar que o citado art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 2.154 e ADI 2.258), ajuizadas, respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

No julgamento conjunto de ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o então Ministro Sepúlveda Pertence proferiu voto³⁸⁷ no sentido da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, após o que o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vistas da Ministra Cármen Lúcia, situação que ainda perdura.

O tempo decorrido desde o sobrestamento do julgado aliado à constatação de que o STF vem aplicando normalmente o dispositivo indicam, em nosso entendimento, a baixa perspectiva de se decretar a inconstitucionalidade do mencionado preceito. É que eventual decreto de insubsistência constitucional do ato normativo em enfoque significaria a necessidade de a Excelsa Corte rever inúmeros julgados nos quais se aplicaram o mecanismo em referência, o que poderia agravar catastróficamente o estado de inconstitucionalidade em tais hipóteses. E já não poderia se valer a Suprema Corte, no julgamento das citadas Ações Direta de Inconstitucionalidade, da modulação que o próprio art. 27 possibilitaria.

³⁸⁷ Em seu voto, sustentou o Ministro Sepúlveda Pertence “[...] que a nulidade da lei inconstitucional decorre, no sistema da Constituição, da adoção, paralela ao controle direto e abstrato, do controle difuso de inconstitucionalidade, entendeu que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por emenda constitucional. Ademais, considerou que, ainda que ultrapassada a inconstitucionalidade formal, seria necessário dar interpretação conforme ao referido dispositivo, a fim de evitar que sua aplicação pudesse atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, eventualmente surgidos da inconstitucionalidade da lei”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 476 do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282154.PROC.%29&base=baseInformativo&url=http://ti.nyurl.com/n5e6hu3>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

CAPÍTULO 4

A TITULARIDADE DO PODER PARA RELATIVIZAR A REGRA SANCIONATÓRIA DA PRIVAÇÃO DE EFICÁCIA NA FISCALIZAÇÃO CONCRETA DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: UM DIÁLOGO COM A DOUTRINA LUSITANA

4.1 A incipiente produção doutrinária brasileira sobre o tema

A questão do cabimento de limites à sanção da privação de eficácia, no âmbito do controle concreto de constitucionalidade realizado no Brasil, parece ainda não ter despertado um maior interesse da doutrina pátria, a qual, em sua maioria, se limita a aceitar a aplicação do mecanismo da “modulação dos efeitos” previsto para o controle abstrato também na via fiscalizatória praticada incidentalmente ao julgamento de casos concretos.

Cumpre-nos, aqui, fazer uma observação terminológica.

Inobstante seja praticamente assente na doutrina, ao se analisar a fiscalização abstrata de constitucionalidade, a referência à expressão “modulação de efeitos”, entendemos que esta designação consagrada no constitucionalismo brasileiro não é a mais escorreita para se nominar a técnica semelhante no âmbito da fiscalização *in concreto* exercitável pela via difusa de controle. É que, em regra, no âmbito desta via fiscalizatória, os órgãos jurisdicionais responsáveis tutelam a Constituição a título incidental a um conflito intersubjetivo de interesses deduzidos em juízo por duas partes identificadas, as quais litigam relativamente a relações jurídicas constituídas no passado. Em tais casos, a inconstitucionalidade significará, segundo razoável consenso observado na doutrina brasileira, a não-aplicação da lei ou ato normativo ao caso concreto.

Assim, o que se coloca em questão no âmbito do controle *in concreto* é mais apropriadamente designado de limitação ou restrição à sanção da privação de eficácia (ou da invalidação com efeitos retro-operantes, para os adeptos da teoria da nulidade nesta via fiscalizatória), possibilitando-se que, excepcionalmente, alguns ou todos os efeitos produzidos em virtude da aplicação da lei ou do ato normativo inconstitucional possam ser salvaguardados pelo Poder Judiciário. A limitação da sanção da privação de eficácia redundaria, portanto, na excepcional aplicação, ao caso subjacente ao controle, da lei ou ato normativo reputado inconstitucional.

Consoante alertado, dentre os poucos autores que se incursionaram nesta temática, não se observa um maior aprofundamento do tema, principalmente no que pertine com a questão do alcance deste eventual poder de limitação de efeitos na fiscalização concreta, é dizer, se uma atribuição desta espécie seria permitida a todos os órgãos que exercem difusamente o controle concreto de constitucionalidade ou se existiriam motivos para se limitar este poder na esfera de competências do Supremo Tribunal Federal.

Passemos a analisar as principais manifestações da doutrina tupiniquim sobre esta temática.

Muito embora destaque que seu pensamento inicial apontava para a conclusão de que a inconstitucionalidade de uma lei, no ordenamento jurídico brasileiro, acarretaria automaticamente a perda de sua eficácia de maneira *ex tunc*³⁸⁸, Ives Gandra da Silva Martins revela que evoluiu em seu posicionamento inicial para concluir que a determinação da eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* seria possível em algumas situações excepcionais não somente no âmbito da fiscalização concentrada como também no controle difuso³⁸⁹.

Aponta o autor em estudo que tais decisões excepcionais se fundamentariam não apenas na irreversibilidade “das relações ou situações decorrentes de orientação anterior ou ainda de gravíssima lesão a direitos patrimoniais e/ou fundamentais, como também nos princípios da ‘não-surpresa’ ou ‘da responsabilidade e confiabilidade na orientação oficial’, essenciais para a estabilidade das instituições”³⁹⁰.

Não obstante Ives Gandra da Silva Martins não deixe clara a sua opinião quanto aos sujeitos jurisdicionais aptos a envidar este afastamento excepcional dos tradicionais efeitos *ex tunc* decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade, a opinião deste jurista parece convergir para o reconhecimento de um poder exclusivo do STF, como Guardião último da Constituição, para exercer este mister.

Em texto doutrinário, Enrique Ricardo Lewandowski perfilha o entendimento no sentido de que, “os fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos nas decisões prolatadas nos processos de índole objetiva também se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de natureza subjetiva”³⁹¹.

³⁸⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos prospectivos de decisões definitivas da Suprema Corte em matéria tributária. In: CHIESA, Clélio; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Processo judicial tributário**. São Paulo, MP Editora, 2006, p. 543.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 551.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 551.

³⁹¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Modulação dos efeitos das decisões ações de índole subjetiva no Supremo Tribunal Federal. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araujo; ROSA, André Vicente Pires (Coord.). **Direito constitucional – os desafios contemporâneos**: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas. Curitiba: Juruá, 2012, p. 222.

No artigo em estudo, Lewandowski pondera que tanto a previsão de limitação de efeitos para a edição de súmulas vinculantes (art. 4º da Lei nº 11.417, de 2006, quanto a hipótese de restrição de efeitos prevista no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, cuidaram de positivar “uma lógica decisória inerente à própria função político-jurídica da Suprema Corte”³⁹².

O autor citado, no entanto, não clarifica se e por qual motivo, em seu entendimento, esta “lógica decisória” valeria ou não para fora dos muros do Supremo Tribunal Federal, podendo ser utilizada por outros juízes e tribunais. O conjunto de sua argumentação, contudo, parece apontar para uma concentração desta competência no STF.

Semelhante entendimento é perfilhado por Bruno Vinícius da Rós Bodart, segundo quem o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, teria expressando um poder já constitucionalmente atribuído genericamente ao Pretório Máximo, qual seja, “o de ponderar, no controle de constitucionalidade, seja ele abstrato ou incidental, se deve prevalecer a primazia da norma constitucional tida por violada ou a segurança jurídica e, a partir desse raciocínio definir os efeitos temporais da decisão”³⁹³.

Avançando no estudo do tema, Saul Tourinho Leal assevera que, por ter a Constituição Federal atribuído a todos os juízes e tribunais a missão de velar pela guarda da Lei Fundamental, bem como em razão de não ter este Diploma Maior erigido qualquer baliza à fiscalização de constitucionalidade exercitável incidentalmente pelas instâncias ordinárias, seria “plenamente possível a modulação de efeitos pelos juízes e tribunais quando do exercício do controle difuso de constitucionalidade”³⁹⁴.

Não obstante, entende Tourinho Leal que os órgãos jurisdicionais aptos a procederem à limitação de efeitos devem tomar em consideração os critérios materiais indicados pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, quais sejam razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pois seriam estas as razões que fundamentariam a relativização do dogma da nulidade³⁹⁵.

Por sua vez, Nelson Nery Júnior defende expressamente que poderiam os tribunais superiores (STJ, TST, TSE e STM) “deflagarem efeitos *ad futurum* às suas decisões

³⁹² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Modulação dos efeitos das decisões ações de índole subjetiva no Supremo Tribunal Federal. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araujo; ROSA, André Vicente Pires (Coord.). **Direito constitucional – os desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 223.

³⁹³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. **Revista de Processo**, v. 36, n. 198, p. 389-401, ago. 2011, p. 395.

³⁹⁴ LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 501.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 501.

que modifiquem sua jurisprudência anterior ou que reconheçam, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”. Decisões desta magnitude encontrariam anteparo em razões de segurança jurídica, de boa-fé e da irretroatividade do Direito (“situação mais abrangente do que a irretroatividade da lei prevista na CF 5º XXXVI”)³⁹⁶.

O autor em destaque parece também reconhecer a competência acima indicada para os juízes singulares e tribunais federais e estaduais, dando a entender que o poder de se atribuir excepcional eficácia *ex nunc* a decisões positivas de inconstitucionalidade seria uma decorrência da conformação do próprio sistema constitucional brasileiro³⁹⁷.

Uma sensibilidade doutrinária semelhante à acima esposada é outrossim defendida por André Dias Fernandes, para quem as mesmas razões que justificariam a restrição de efeitos no controle de constitucionalidade *in abstracto* e que justificaram a positivação da regra inserta no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, também poderiam estar presentes e fundamentar a limitação dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade nos processos de índole subjetiva julgados tanto pelo STF quanto pelos juízos de primeiro grau e demais tribunais³⁹⁸.

A diferença seria que a limitação de efeitos na fiscalização incidental de constitucionalidade não se embasaria no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, mas sim na própria Constituição³⁹⁹.

Numa outra ordem de ideias, muito embora pareça aceitar que outros tribunais que não o STF possam restringir os efeitos de suas decisões positivas de inconstitucionalidade, Fábio Martins de Andrade prefere negar esta competência aos juízes singulares. Destaca o autor em referência que:

Em princípio, entendemos ilegítima a restrição dos efeitos de uma decisão proveniente de um juiz singular. Embora seja cabível vislumbrar tal possibilidade em tese, na prática entendemos que a excepcionalidade requerida para a sua aplicação, a crescente inexperiência (profissional e pessoal) do magistrado (concursado cada vez mais cedo) e os elevados índices de recorribilidade das decisões de primeira instância, recomendam retirar tal faculdade (ainda que excepcional) de suas mãos, ao menos nesse momento de crescente amadurecimento do tema.

³⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 103-104.

³⁹⁷ Neste sentido, formula Nelson Nery Junior a seguinte indagação: “Será que outros tribunais poderiam, também, pronunciar a inconstitucionalidade de lei e de atos normativos com o mesmo poder?”. Ao que responde: “Entendemos que sim. O *controle concreto* (difuso) da constitucionalidade das leis e demais atos normativos federais e estaduais, contestados em face da CF e das leis e atos normativos estaduais e municipais, contestados em face da Constituição do Estado-membro pode ser feito tanto pelo juiz singular como pelos tribunais federais e estaduais”. *Ibid.*, p. 102-103.

³⁹⁸ FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes***. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 246.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 246.

Além disso, a necessária convergência da maioria qualificada prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99, como delimitação legal que oferece parâmetro capaz de atender à exigência constitucional da segurança jurídica e da cláusula de reserva de plenário, parece ser mais interessante nesse momento. É que, ao menos em tese, o debate que pode surgir no órgão colegiado aponta para uma decisão mais refletida e ponderada, especialmente quando tomada por magistrados majoritariamente de carreira e, portanto, com mais experiência (profissional e pessoal)⁴⁰⁰.

Por sua vez, Eduardo Piñeiro observa que, a se admitir o entendimento de que a segurança jurídica e o excepcional interesse social ostentem envergadura constitucional, não haveria fundamento jurídico para restringir a modulação de efeitos no controle concreto de constitucionalidade exercitável difusamente no Brasil. O mencionado autor, alerta, no entanto, para o perigo de se reconhecer a autorização de se modular efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade para juízos de primeira instância e tribunais diferentes do STF, ao destacar que os efeitos dessa compreensão seriam sentidos “tanto na falta de uniformidade das decisões quanto na grave indefinição do conteúdo objetivamente vigente da Constituição por todo o país, em manifesto prejuízo à sua força e unidade normativa”⁴⁰¹.

Em verdade, tal qual já indicado, a doutrina pátria, embora pareça, em sua maioria, se inclinar pela possibilidade de limitação de efeitos na órbita da fiscalização concreta de constitucionalidade, não costuma explicar os fundamentos deste procedimento, eventuais óbices levantados, nem muito menos a questão do reconhecimento do poder de se restringir a sanção da privação de eficácia a outros tribunais que não o STF e até a juízos de primeiro grau de jurisdição.

Mencionemos brevemente, a partir deste ponto, o eventual entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a estas questões, após o que colheremos os principais contributos doutrinários colhidos na doutrina lusitana para, então, passarmos a uma análise crítica do tema proposto.

4.2 A discussão da matéria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

4.2.1 A consolidação da possibilidade de “modulação” dos efeitos “ex tunc” decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade na fiscalização concreta

Já se observou neste trabalho que o Supremo Tribunal Federal, em que pese tenha assumido a envergadura constitucional da teoria da nulidade, vem albergando, ao menos

⁴⁰⁰ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 301.

⁴⁰¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 232.

desde a ordem constitucional pretérita, o afastamento desta invalidação retro-operante em alguns casos excepcionais nos quais foi constatado que a eventual atribuição de efeitos *ex tunc* às decisões positivas de inconstitucionalidade de leis e demais atos normativos poderia malferir outros valores constitucionalmente tutelados.

Alguma dúvida quanto a estas limitações episodicamente verificadas poderia suceder após a edição do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que aparentemente teria limitado a utilização da técnica conhecida como “modulação dos efeitos” à fiscalização abstrata exercitável por aquela Corte Maior.

Não foi essa, contudo, a compreensão posterior do tema na produção jurisprudencial da Excelsa Corte. Pelo contrário, passou-se a expressamente confirmar a possibilidade de aplicação excepcional das leis e demais atos normativos reputados contrários à Constituição aos casos concretos nos quais desencadeados a fiscalização de constitucionalidade.

Um paradigmático exemplo desta postura jurisdicional foi observado no julgamento do RE 197.917, no qual a Excelsa Corte confirmou a possibilidade de se afastar excepcionalmente os efeitos tradicionalmente *ex tunc* das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na fiscalização difusa de constitucionalidade.

No caso referenciado, o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) ajuizou Ação Civil Pública (ACP) com a intenção de reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, de 11 para 9, sob a alegação de que a Lei Orgânica do referido Município desobedeceu à proporção encartada no art. 29, inciso IV, alínea *a*, da Lei Fundamental, na redação anterior à EC nº 58, de 2009.

O magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação, com vistas a, dentre outras providências, determinar a redução do número de vereadores do Município, condenando os antigos detentores dos mandatos então extintos a devolver apenas os subsídios que eventualmente viessem a perceber após a prolação da sentença, preservando-lhes a remuneração auferida antes deste marco temporal⁴⁰². Município e Câmara de Vereadores apelaram, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) provido os mencionados apelos para assentar a constitucionalidade da Lei Orgânica local.

Alçada a questão ao crivo do STF, por meio da interposição do Recurso Extraordinário 197.917 (portanto, no controle concreto-difuso), entendeu a Corte Máxima ser inconstitucional, *incidenter tantum*, a lei orgânica local que, ao aumentar o número de vereadores, teria ofendido a Constituição Federal.

⁴⁰² Observe-se que, ao preservar as remunerações percebidas pelos antigos detentores dos mandatos no período anterior à sentença, já teria o próprio magistrado de primeiro grau de jurisdição limitado a regra da privação de eficácia no exercício do controle concreto de constitucionalidade.

Contudo, em atendimento ao princípio da segurança jurídica, observou o STF que o caso em questão traduzia “Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”⁴⁰³. Assim, consagrou-se a “Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade”⁴⁰⁴.

Ao assim proceder, entendeu o STF que sua decisão somente deveria ser aplicada para as legislações futuras, afastando-se, portanto, os tradicionais efeitos *ex tunc*.

Naquela assentada, destacou o Ministro Gilmar Mendes, na trilha dos ensinamentos do jurista português Rui Medeiros, que “a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos”. Aduziu, a seguir, o raciocínio jurídico que parece ter sido seguido pela Excelsa Corte:

A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se como abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência⁴⁰⁵.

Ainda em seu voto, observou o Ministro Gilmar Mendes que restaria evidenciado o caráter fundamentalmente interpretativo da norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, desde que se entenda que os conceitos jurídicos da segurança jurídica e do excepcional interesse social utilizados neste preceito se revestem de amparo constitucional.

Não obstante ter assentado o caráter interpretativo ao art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, destacou contraditoriamente o voto em análise que o princípio da nulidade somente poderia ser afastado com base numa ponderação concreta que evidenciasse um sacrifício “da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”.

Tal qual já abordado no subitem 3.2.4., a referência exclusiva a razões de segurança jurídica ou a outros valores constitucionais materializáveis sobre a roupagem de excepcional interesse social não parece, todavia, ser essencial para que a Excelsa Corte permita a relativização da sanção da privação de eficácia na esfera da fiscalização concreta de constitucionalidade.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 197.917**. Plenário. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 7/5/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

⁴⁰⁴ Ibid.

⁴⁰⁵ Ibid.

A existência de inúmeros julgados anteriores à positivação do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que se afastaram episodicamente da clássica invalidação com efeitos *ex tunc* propugnada pela teoria da nulidade, assim como a constatação de que, por vezes, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar a “modulação de efeitos” no controle concreto-difuso, o faz com referência à aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, inobstante, em outras oportunidades, não aluda ao mencionado preceptivo normativo⁴⁰⁶, apenas confirmam a desnecessidade de se amparar a regra da privação de eficácia no preceito referenciado.

Em conclusão, pode-se observar da análise da jurisprudência do STF uma clara aceitação da possibilidade de se relativizar o dogma da invalidação retro-operante na esfera da fiscalização concreta de constitucionalidade (entendida pela Excelsa Corte como uma decorrência da teoria da nulidade), desde que essa limitação seja fundamentada na concretização de outros valores constitucionalmente albergados.

4.2.2 A questão da competência de outros órgãos jurisdicionais para limitar a regra da privação de eficácia na jurisprudência do STF

Desconhece-se, na jurisprudência do STF, eventual entendimento colegiado que aborde explicitamente a questão da competência de outros tribunais e até de juízos de primeira instância para preservar, no exercício da fiscalização concreta de constitucionalidade, efeitos produzidos sob o amparo de ato normativo posteriormente considerado contraveniente ao Texto Magno.

Não obstante a inexistência de uma inequívoca e expressa manifestação jurisprudencial sobre o tema, esta importante questão foi objeto de análise em recentes decisões monocráticas proferidas por alguns Ministros da Excelsa Corte.

Tais decisões foram prolatadas no julgamento de Reclamações intentadas pela União em face de acórdãos do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região que julgaram procedentes os pedidos de ações rescisórias ajuizadas por este ente federativo, mas atribuíram aos julgados eficácia meramente *ex nunc*, com vistas a proteger aspectos do princípio da segurança jurídica.

Dentre outros argumentos, estas Reclamações fazendárias, fiéis à literalidade do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, advogaram a usurpação de uma suposta competência exclusiva da Excelsa Corte para “modular os efeitos” decorrentes das decisões proferidas no exercício da Jurisdição Constitucional.

⁴⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

Importante salientar que os casos ora referenciados não cuidaram exatamente de limitações da sanção da privação de eficácia decorrente de decisões positivas de inconstitucionalidade. Pelo contrário, as decisões reclamadas declararam a constitucionalidade da exigibilidade tributária. Não obstante, considerando a expectativa dos contribuintes nas decisões positivas de inconstitucionalidade que haviam transitado em julgado e estavam sendo rescindidas por ocasião destes julgamentos, o TRF da 5ª Região houve por bem modular os efeitos das decisões que davam provimento aos pedidos das ações rescisórias, para que elas somente ostentassem eficácia ora a partir do ajuizamento da rescisória ora a partir do julgamento destas ações.

Inobstante tais considerações, a importância dos julgados ora destacados para a presente pesquisa consiste no fato de alguns Ministros do STF terem tecido argumentação em torno da possibilidade de “modulação de efeitos” também na seara da fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável difusamente por quaisquer outros órgãos jurisdicionais singulares ou colegiados.

Neste sentido, ao indeferir o pedido de medida liminar formulado pela União nos autos da Reclamação 11.476, destacou o Ministro Luiz Fux, a título de *obiter dictum*, observação doutrinária segundo a qual a modulação dos efeitos das decisões emanadas do STF no exercício da fiscalização difusa de constitucionalidade resultaria “do dever de proporcionalidade imposto pela Constituição. É que, em certos casos, há clara colisão entre o princípio da primazia da Constituição (aqui considerado em relação à norma constitucional violada pela lei declarada incompatível com a Carta Magna) e o da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, CRFB)”⁴⁰⁷.

E concluiu-se, na decisão em análise, que, “se a modulação de efeitos pode ocorrer também no controle incidental de constitucionalidade, e se essa espécie de controle é da competência de qualquer órgão jurisdicional brasileiro, a decisão de Tribunal Regional Federal que determina que seu julgado tenha efeitos prospectivos não usurpa nenhuma competência privativa deste Pretório Excelso”⁴⁰⁸.

Ao negar seguimento à Reclamação 15.601, no julgamento de caso concreto semelhante ao acima comentado, declinou o Ministro Celso de Mello⁴⁰⁹:

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na Reclamação 11.476**. Rel. Min. Luiz Fux. DJe de 11/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2811476.NUME.+OU+11476.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/agk2p5h>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática proferida na Reclamação 15.601**. Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 20/3/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2815601.NUME.+OU+15601.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nev726f>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

que a técnica da modulação é uma forma de especial abrandamento do rigor da doutrina clássica que preconiza a nulidade dos atos inconstitucionais e do caráter retroativo da decisão que lhes proclama a desvalia jurídica por efeito de sua incompatibilidade com a Constituição. Convém salientar, no ponto, que o abrandamento em questão tem como fundamento legitimador o interesse social representado pela necessidade de preservação da segurança jurídica e, também, da confiança legítima depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Judiciário. [...]

Desse modo, se a técnica de modulação representa uma necessidade plenamente legitimada pelo princípio da segurança jurídica, torna-se razoável o entendimento que sustenta não haver usurpação, em tal hipótese, da competência do Supremo Tribunal Federal.

A orientação tomada no julgamento acima noticiado foi expressamente acolhida pela Ministra Rosa Weber, ao indeferir medida liminar postulada nos autos da Reclamação 15.602.

Nestes termos, adotando a premissa de que o controle concreto de constitucionalidade foi atribuído, no Brasil, a todos os órgãos jurisdicionais, bem como que “cabe ao julgador observar os princípios constitucionais da segurança jurídica e da proporcionalidade, então, ao menos em exame perfunctório, parece questionável a alegação de que apenas esta Suprema Corte teria competência para modular efeitos de decisão fiscalizatória de constitucionalidade”⁴¹⁰.

As decisões acima comentadas destacam, pois, a existência de razoabilidade jurídica no reconhecimento do poder de restringir os efeitos retro-operantes decorrentes de decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na via do controle concreto por quaisquer juízes ou tribunais.

Nem todos os Ministros do STF que se depararam com este tema, contudo, perfilharam o entendimento acima noticiado. Nestes termos, ao deferir a medida liminar pleiteada pela União na Reclamação 6.917, alertou o Ministro Joaquim Barbosa para a íntima conexão da mencionada tese com a dimensão estática da segurança jurídica, manifestada na “confiança no sistema jurídico, isto é, da certeza do jurisdicionado na capacidade dos mecanismos destinados à análise, à correção e à evolução normativa”. Com base nessa constatação, concluiu pela existência de plausibilidade jurídica do argumento a advogar a “competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, como guardião último da Constituição e Corte que detém a aptidão para utilizar amplos meios de estabilização de expectativas

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na Reclamação 15.602**. Rel. Min. Rosa Weber. DJe de 14/8/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2815602.NUME.+OU+15602.DMS.%29%29+NAO+S.PR.ES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q92e3by>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

(Súmula Vinculante, repercussão geral da matéria versada como condição de admissibilidade do recurso extraordinário etc.), para aplicar decisões com efeitos meramente prospectivos”⁴¹¹.

Uma vez abordado o panorama atualmente observado entre os autores pátrios e na jurisprudência da Excelsa Corte, cumpre-nos, de acordo com a proposta da presente dissertação, analisar alguns importantes aportes doutrinários colhidos na doutrina portuguesa, com vistas a subsidiar uma análise crítica mais aprofundada acerca da possibilidade de limitação da sanção da privação de eficácia por quaisquer dos órgãos jurisdicionais responsáveis pelo exercício do controle concreto de constitucionalidade no Brasil.

4.3 Um diálogo com a doutrina lusitana acerca da titularidade do poder para limitar os efeitos retro-operantes decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade no controle concreto

4.3.1 Principais aportes hauridos na doutrina portuguesa

4.3.1.1 Breve introito

Controverte-se, na doutrina portuguesa, acerca da possibilidade de se limitarem os efeitos do juízo de inconstitucionalidade no âmbito da fiscalização *in concreto*.

Parcela dos autores entende que, em virtude de a previsão encartada no art. 282, nº 4, da Constituição portuguesa se referir expressamente ao controle exercitável pelo Tribunal Constitucional no âmbito da fiscalização abstrata sucessiva, seria “questionável” a utilização desta faculdade pelo referido Tribunal na fiscalização concreta⁴¹², razão pela qual a não-aplicação da norma reputada inconstitucional à hipótese em julgamento que ensejou a fiscalização seria “uma consequência automática e directa da formulação daquele juízo”⁴¹³.

Nesta senda, inexistindo previsão constitucional apta a amparar a limitação de efeitos no âmbito da fiscalização de constitucionalidade *in concreto*, impor-se-ia a consideração segundo a qual, “nos feitos submetidos a julgamento, nenhum Tribunal possa

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na Reclamação 6.917**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe de 16/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%286917.NUME.+OU+6917.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nh5r4uo>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

⁴¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1017.

⁴¹³ ALMEIDA, Luis Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. In: **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, p. 109-146 pt. 3, 1987, p. 127.

aplicar normas inconstitucionais, pelo que se compreende que, uma vez julgada a norma inconstitucional, a sua não-aplicação ao caso concreto constitua uma consequência automática e directa daquele juízo”⁴¹⁴. Esta impossibilidade de os tribunais aplicarem normas inconstitucionais, verdadeiro princípio geral do Direito Constitucional lusitano, encontra-se expressamente positivada no art. 204⁴¹⁵ da Constituição daquele País.

Outra semelhante sensibilidade doutrinária indica que, inexistindo previsão constitucional ou legal aptas a amparar a limitação de efeitos no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade, não caberia a referida restrição eficaz⁴¹⁶.

Hugo Alexandre Correia acrescenta que a interpretação analógica do art. 282, nº 4, da CRP, com vistas a se estender ao Tribunal Constitucional o poder para restringir os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade tomadas em fiscalização concreta, esbarraria não somente no silêncio do legislador constitucional como também na ausência de intencionalidade do legislador constituinte lusitano revelada nos trabalhos preparatórios da Revisão Constitucional de 1982 que culminaram na redação do art. 282, nº 4, da CRP. Nestes termos, a aplicação analógica do mencionado preceptivo à fiscalização concreta não seria possível dado o carácter já excepcional do permissivo constante do nº 4 em relação à regra estatuída pelo nº 1 do mencionado artigo⁴¹⁷.

Também o Tribunal Constitucional lusitano já rechaçou a hipótese de limitação dos efeitos temporais da decisão positiva de inconstitucionalidade na esfera do controle concreto, reputando ser “evidente” que a referida restrição eficaz somente seria aplicável às hipóteses nas quais a situação de malferimento à Constituição ostentasse a denominada força obrigatória geral⁴¹⁸. A Excelsa Corte lusitana parece ter se apegado a uma interpretação topográfica e filológica da regra constante do art. 282, nº 4, preceptivo que, além de estar posicionado após artigo que remete expressamente à fiscalização abstrata de constitucionalidade (art. 281), igualmente se refere às decisões tomadas na via abstrata de controle (“com força obrigatória geral”).

⁴¹⁴ ALMEIDA, Luis Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. In: **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, p. 109-146 pt. 3, 1987, p. 136.

⁴¹⁵ “Constituição da República portuguesa. Art. 204. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

⁴¹⁶ TELES, Miguel Galvão, 1986, apud MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 854.

⁴¹⁷ CORREIA, Hugo Alexandre, 2009, apud MORAIS, op. cit., p. 855.

⁴¹⁸ Neste sentido: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 314/95**. 2ª Secção. Rel. Cons. Bravo Serra. J. 20/6/1995. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950314.html>>. Acesso em: 4 abr. 2014; Id. **Acórdão nº 490/89**. 1ª Secção. Rel. Cons. Martins da Fonseca. J. 13/7/1989. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890490.html>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

Rompendo a barreira das interpretações meramente gramaticais da Constituição de Portugal, Carlos Blanco de Moraes aprofunda o debate em torno da questão para concluir que importantes valores constitucionais como a segurança jurídica, a isonomia e a garantia de acesso aos tribunais igualmente obstarão a restrição de efeitos no controle concreto⁴¹⁹. Devido ao aprofundamento do tema pelo autor referenciado, destacaremos mais à frente, de forma minudente, sua *opinio iuris* sobre esta relevante questão.

Outra pletera de autores, dentre os quais se destacam Jorge Miranda e Rui Medeiros, que parece encontrar menos eco na doutrina, entende cabível a limitação de efeitos na fiscalização de constitucionalidade *in concreto*.

Assim, inobstante, num primeiro momento, tenha respondido negativamente à questão do cabimento da limitação de efeitos no controle concreto, Jorge Miranda, ainda que sem aprofundar a questão, evoluiu em seu entendimento anterior para admitir a existência de casos nos quais será imprescindível a restrição dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade. Em tais situações, todavia, seria inadmissível que esta mitigação da regra da atribuição de efeitos *ex tunc* se embase no fundamento do interesse público de excepcional relevo, mas apenas nos anteparos da segurança jurídica e da equidade, e desde que, em todas estas situações, seja garantida a via recursal para o Tribunal Constitucional português⁴²⁰.

Bem se observa que esse posicionamento do Mestre de Lisboa, além de se mostrar coerente com seu entendimento no sentido de que, na hipótese de interesse público de excepcional relevo verificar-se-ia um fundamento alheio ao domínio estritamente jurídico, parece indicar claramente sua inclinação à possibilidade de limitação dos efeitos ora em estudo pelos tribunais comuns, desde que seja sempre garantida a recorribilidade para o Tribunal Constitucional⁴²¹, com vistas a se possibilitar a rediscussão deste aspecto.

Inobstante a importância dos ensinamentos de Jorge Miranda para o constitucionalismo lusitano, é certamente na doutrina de Rui Medeiros que se encontra o entendimento mais aprofundado, neste País ibérico, acerca da possibilidade de limitação dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na fiscalização concreta de constitucionalidade em Portugal.

⁴¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 853 et seq.

⁴²⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II, 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1991, p. 506.

⁴²¹ Esta é também a leitura de Carlos Blanco de Moraes sobre o entendimento de Jorge Miranda. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 854.

Em sua respeitada obra sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o jurista lusitano Rui Medeiros defende a “aplicabilidade do nº 4 do artigo 282 da Constituição no âmbito da fiscalização concreta, tanto difusa como concentrada”⁴²².

A partir deste momento, a presente pesquisa se propõe a investigar mais detidamente os dois principais – e antípodas – marcos teóricos produzidos em Portugal sobre esta importante questão, quais sejam, as doutrinas de Rui Medeiros e de Carlos Blanco de Moraes, para, após, ser tecida uma avaliação crítica sobre o tema que se volte à análise do sistema brasileiro de fiscalização concreta de constitucionalidade.

4.3.1.2 A possibilidade de restrição dos efeitos retro-operantes decorrentes das decisões positivas de inconstitucionalidade pelos tribunais comuns: a tese de Rui Medeiros

O ponto de partida apresentado pelo referido autor toma em consideração que a teleologia que conduziu à positivação da regra de limitação dos efeitos encartada na Constituição portuguesa para o controle abstrato de constitucionalidade é igualmente aplicável à via fiscalizatória concreta⁴²³.

A finalidade perseguida pelo legislador constitucional português, ao definir a regra insculpida no art. 282, nº 4, da Constituição lusitana, seria a de que o princípio da constitucionalidade não restaria plenamente concretizado mediante uma “imediate maximização parcial” da efetividade da norma constitucional verificada como violada no âmbito da fiscalização concreta, sem que o aplicador do direito tomasse em consideração as demais regras e princípios emergentes do Texto Constitucional. Assim, ainda no que toca à determinação dos efeitos da inconstitucionalidade, o princípio da unidade da Constituição obrigaria a consideração pela totalidade normativa do bloco de constitucionalidade⁴²⁴.

Para Rui Medeiros, em determinados casos, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos mais bem asseguraria a normatividade da Constituição do que a aplicação da regra da eficácia retro-operante e repristinatória, pelo que a restrição eficaz nestas hipóteses se apresentaria não como um poder político-discrecional do órgão jurisdicional responsável pela fiscalização de constitucionalidade, mas sim como uma imposição constitucional.

⁴²² MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 743.

⁴²³ Ibid., p. 744.

⁴²⁴ Ibid., p. 744.

Em outras palavras, os pressupostos constitucionais da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo podem impor a restrição de efeitos na fiscalização concreta de constitucionalidade, uma vez que “sempre que se esteja perante uma situação em que se conclua que a desaplicação da norma julgada inconstitucional conduz a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles que advêm da sua aplicação, as decisões de limitação de efeitos devem considerar-se lícitas”, sob pena de o órgão incumbido do controle simplesmente se furtar à declaração de inconstitucionalidade com vistas a evitar os eventuais efeitos perniciosos que daí pudessem advir⁴²⁵.

Não obstante, para o autor em destaque, não bastaria considerar a teleologia que preside a regra estatuída pelo art. 282, n.º 4, da Constituição de Portugal. Afigurar-se-ia igualmente imperioso verificar “se não existem razões ponderosas específicas dos processos de fiscalização concreta capazes de infirmar a conclusão provisória para que aponta a interpretação teleológica do n.º 4 do artigo 282 da Constituição”⁴²⁶.

Com a expressão “razões ponderosas” parece ter Rui Medeiros se referido a eventuais óbices jurídico-constitucionais que recomendassem a impossibilidade de restrição dos efeitos tradicionalmente retro-operantes na via fiscalizatória concreta-difusa de constitucionalidade. Em outras palavras, parece invocar um óbice sistêmico, independentemente dos valores constitucionais em conflito no caso concreto subjacente.

Numa primeira ordem de ideias, rechaça o autor eventuais argumentos que, prendendo-se a uma interpretação literal dos arts. 204 e 282, n.º 4, da Constituição portuguesa, advogam uma inadmissibilidade da limitação de efeitos na via fiscalizatória concreta, porquanto “nada impede e tudo recomenda que à letra se prefira o sentido que a letra traiu”⁴²⁷.

São afastados, ainda, dois argumentos erigidos pela doutrina a título de óbices ao reconhecimento do poder de se limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concreto: *i*) a alegação de violação ao direito fundamental de acesso aos tribunais⁴²⁸ e *ii*) o argumento de que existiria um nexu insuperável entre o sistema de controle incidental e a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade.

Destaca o autor, inicialmente, que se costuma sustentar, em oposição à

⁴²⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 744-745.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 745-746.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 746.

⁴²⁸ “Constituição de Portugal. Art. 20. 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Constituicao_RepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 8 mar. 2013.

possibilidade de se restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concreto, que tal procedimento excepcional vulneraria o direito fundamental de acesso aos tribunais, contrariando expectativas legítimas daqueles que “havendo suscitado com justa razão a questão da inconstitucionalidade da lei aplicável, obtiveram o claro reconhecimento jurisdicional do fundamento da sua pretensão”⁴²⁹.

Além de entender que este argumento *prima facie* não se sustenta em determinados domínios, como, por exemplo, nas hipóteses de invocação do art. 282, nº 4, da CRP, com vistas a se fundamentar a aplicação da norma penal inconstitucional mais benéfica ao arguido do que a norma reprimida⁴³⁰, sustenta o autor em referência, com mais clareza, outros três argumentos capazes de rechaçar o óbice em estudo à generalidade dos casos.

Inicialmente, é observado que a norma fundamental em exame não se confunde com o direito a uma sentença de mérito favorável. Assim sendo, o direito fundamental em estudo não vincularia os tribunais a uma obrigação de resultado, no sentido da necessária procedência do pedido, mas tão-somente a uma obrigação de meio, solucionando-se de maneira justa e legal o conflito intersubjetivo de interesses deduzido em juízo⁴³¹.

Ademais, ainda que a admissão da limitação de efeitos no controle concreto malferisse o direito de acesso aos tribunais, tal restrição apresentaria como anteparo – segundo o pensamento do autor – sempre razões de índole jurídico-constitucional, motivo a recomendar uma relativização do direito fundamental em estudo, mediante sua harmonização com os demais valores constitucionais envolvidos⁴³².

Sustenta ainda Rui Medeiros que a restrição de efeitos no âmbito da fiscalização concreta não significa uma desatenção discricionária à legítima expectativa da parte que detinha consciência da inconstitucionalidade da lei que se antagonizava ao reconhecimento de sua pretensão. A limitação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade não seria resultado do arbítrio judicial, mas, antes, a constatação de que, levando-se em consideração o ordenamento constitucional como um todo, não se verificaria fundamento à pretensão do autor de ver a norma desaplicada ao caso concreto⁴³³.

Por fim, acresce o autor que, se o direito fundamental de acesso aos tribunais obstasse a limitação de efeitos na fiscalização concreta, idêntica razão deveria valer para a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, o que sequer se cogita na

⁴²⁹ Rui Medeiros se refere, dentre outras, à posição externada por Roberto Pinardi. MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 746.

⁴³⁰ Ibid., p. 746.

⁴³¹ Ibid., p. 746.

⁴³² Ibid., p. 747.

⁴³³ Ibid., p. 747.

prática do Tribunal Constitucional lusitano⁴³⁴.

Uma segunda linha argumentativa afastada pelo autor em referência condiz com a invocação de um suposto nexos inafastável entre o sistema de controle concreto, exercitável incidentalmente, e a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade. Este nexos evidenciaria uma alegada impossibilidade técnica de se separar o juízo de inconstitucionalidade na via de fiscalização de constitucionalidade *in concreto* da consequente não-aplicação ao caso subjacente da norma reputada inconstitucional, sob pena de se desestimular as partes a provocar a instauração da jurisdição constitucional. Neste sentido, o não-cabimento do poder de limitação de efeitos na fiscalização concreta funcionaria como um prêmio aos particulares pela tarefa de colaborar para a expurgação de normas inconstitucionais da ordem jurídica⁴³⁵.

Observa Rui Medeiros que esta preocupação em se promover o incidente de inconstitucionalidade tem importância limitada no sistema de controle misto português, no qual o conhecimento de eventual inconstitucionalidade deve ser verificada inclusive *ex officio* pelos magistrados e onde são previstos recursos obrigatórios por parte do Ministério Público em face de inúmeros julgamentos de inconstitucionalidade⁴³⁶.

Frisa, ainda, o mencionado autor, que admitir a limitação de efeitos no controle concreto não faz com que o recurso constitucional se torne inoperante. Destaca-se, na argumentação do autor, a possibilidade de o Tribunal *a qua* já ter procedido, por exemplo, à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Neste caso, o Tribunal Constitucional seria chamado, via recurso constitucional, não somente para decidir sobre a existência ou não de uma situação de malferimento à Constituição, mas também para dar a última palavra quanto ao cabimento e extensão da própria restrição dos efeitos no caso concreto⁴³⁷. Nesta situação, por exemplo, seria manifesto o interesse no recurso quanto à questão constitucional.

Nas hipóteses de limitação dos efeitos no juízo *a qua*, dever-se-á aplicar o regime do recurso dos julgados dos tribunais que recusem a aplicação da norma com fulcro em uma inconstitucionalidade⁴³⁸.

Não obstante admita a limitação de efeitos na fiscalização concreta, é interessante

⁴³⁴ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 747-748.

⁴³⁵ O autor cita neste sentido, a título de exemplo, as posições de Herbert Haller e de M^a Del Carmen Blasco Soto. *Ibid.*, p. 748-749.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 749.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 751-752.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 752-753.

ser destacado que Rui Medeiros defende, em tais hipóteses, uma aplicação teleológica do permissivo vazado no art. 282, nº 4, da CRP⁴³⁹. Orienta, nestes termos, que os “direitos ou interesses constitucionalmente protegidos não devem ser considerados autonomamente, relevando em sede de limitação de efeitos na medida em que se reconduzam aos conceitos de segurança jurídica, equidade e interesse público de excepcional relevo”⁴⁴⁰.

4.3.1.3 A impossibilidade de restrição dos efeitos retro-operantes das decisões positivas de inconstitucionalidade pelos tribunais comuns: a antítese de Carlos Blanco de Moraes

Numa vertente doutrinária oposta a do pensamento de Rui Medeiros, mas com semelhante profundidade reflexiva sobre o tema, Carlos Blanco de Moraes nega a possibilidade de utilização da previsão contida no art. 282, nº 4, da CRP, na fiscalização concreta de constitucionalidade, seja ela exercitável pelo Tribunal Constitucional ou pelos tribunais comuns.

Para negar a titularidade de limitação dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade aos denominados tribunais comuns, erige o autor referenciado uma pletora de argumentos que podem ser organizados em três grupos distintos: *i*) limitações lógico-positivas; *ii*) limitações na esfera do Direito comparado e *iii*) limitações de ordem teleológicas⁴⁴¹.

4.3.1.3.1 Limitações lógico-positivas

O argumento mais decisivo com vistas a negar a limitação de efeitos pelos tribunais comuns seria o da ausência de competência constitucional. Neste sentido, ressalta-se que o art. 282, nº 4, da CRP, explicita uma competência do Tribunal Constitucional, inexistindo norma legal ou constitucional que, à semelhança deste preceito, atribua tal competência aos denominados tribunais comuns⁴⁴².

⁴³⁹ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 746.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 755.

⁴⁴¹ O autor chega a separar didaticamente estes grupos de argumentos na primeira edição de sua obra, publicada em 2005. Muito embora tenha suprimido a menção a este agrupamento argumentativo na segunda edição de seu livro, em 2011, as linhas de seu pensamento permaneceram e julgamos possam ser separadas, para fins didáticos, nas três ordens de limitações enunciadas.

⁴⁴² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 858.

No mais, aduz que os tribunais comuns se encontrariam limitados, no exercício do controle de constitucionalidade, pela regra prevista no art. 204 da Constituição de Portugal, segundo a qual, nos feitos em julgamento, é proscrito aos tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. O preceito referenciado pareceria vedar aos tribunais comuns “a possibilidade de julgarem a inconstitucionalidade de uma norma, mas procederem, simultaneamente, à sua aplicação ao feito que por eles se encontre a ser julgado, seja com fundamento numa das razões enunciadas no n.º 4 do art. 282, seja com fundamento em quaisquer outras”⁴⁴³.

Acrescenta Blanco que competiria aos tribunais comuns lusitanos, no exercício do controle de constitucionalidade, de acordo com o que preceitua o art. 280 da Constituição portuguesa⁴⁴⁴, tão-somente o exercício do poder-dever de não aplicar aos casos concretos em julgamento as normas por eles reputadas inconstitucionais, ou, ao revés, aplicá-las, se tais órgãos jurisdicionais as entenderem constitucionais⁴⁴⁵.

O autor se insurge contra o exemplo mencionado por alguns doutrinadores lusitanos, os quais defendem que a norma do art. 204 da Constituição portuguesa não afastaria a possibilidade, por exemplo, de os tribunais comuns aplicarem “ao arguido uma lei mais favorável, mesmo que inconstitucional, no caso de uma lei ripristinável ou uma lei sucessiva se revelarem mais onerosas do que a primeira (n.º 4 do art. 29 da CRP)”⁴⁴⁶.

Argumenta Blanco que a prevalência *in concreto* do princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido sobre o princípio geral que orienta a não-aplicação da lei inconstitucional pelos tribunais comuns seria uma situação excepcionalmente resguardada pela própria Constituição (art. 29 da CRP) à regra prevista no art. 204 do mesmo Diploma Maior, comportando-se, então, “uma operação hermenêutica de concordância entre dois princípios normativos, um geral e outro excepcional”⁴⁴⁷.

Todos os argumentos acima carregados contribuiriam, segundo o autor, para demonstrar a inexistência de razões lógico-positivas aptas a permitir a limitação de efeitos pelos tribunais comuns em Portugal.

⁴⁴³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 859.

⁴⁴⁴ Constituição de Portugal. “Art. 280. 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo”.

⁴⁴⁵ MORAIS, op. cit., p. 859.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 859.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 859-860.

4.3.1.3.2 Limitações na esfera do Direito comparado

Além das limitações de ordem lógico-positivas, igualmente observa Carlos Blanco que não existiriam exemplos no Direito comparado a permitirem a restrição de efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade pelos tribunais comuns.

Inicialmente, o autor afasta da discussão os exemplos dos “*sistemas de controlo concreto de natureza concentrada que entroncam na matriz austro-germânica*”, uma vez que nestes paradigmas não deteriam os tribunais comuns competência para apreciar a inconstitucionalidade *in concreto*, restando prejudicada a questão da limitação de efeitos⁴⁴⁸.

Após a advertência inicial, o autor direciona seu enfoque para dois exemplos no Direito estrangeiro: o estadunidense e o brasileiro.

Inicialmente, observa Blanco que, na órbita do direito norte americano, “*a prática revela ter sido o Supremo Tribunal Federal, e não os tribunais inferiores, a determinar a manipulação dos efeitos das decisões*”⁴⁴⁹.

O autor cita o célebre caso *Linkletter v. Walker* (1965) como o paradigma a partir do qual a Suprema Corte estadunidense passou a admitir que a questão dos efeitos retrooperantes emergentes de uma alteração jurisprudencial que implicasse uma nova decisão de inconstitucionalidade passasse a ser considerada uma questão de “*policy*”, vale dizer, inserindo-se dentro de um campo de atuação discricionária da Excelsa Corte. A partir de então, considerou o Supremo Tribunal norte-americano que uma nova decisão de inconstitucionalidade e sua eficácia de precedente, quando de um câmbio de jurisprudência, deveriam produzir efeitos para o futuro (*prospective overruling*). Este posicionamento teria sido, mais recentemente, superado por uma visão garantística que se afastou da jurisprudência produzida no *leading case* mencionado, para proscrever tal margem de discricionariedade na atribuição episódica dos efeitos das decisões⁴⁵⁰.

Em conclusão a este agrupamento argumentativo, Blanco toma como referencial o estudo do exemplo brasileiro, no qual, segundo sua visão, não teria a ordem constitucional autorizado os tribunais comuns a não aplicar normas inconstitucionais aos casos concretos julgados, ainda que, há muito, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tenham reconhecido ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se resguardarem alguns atos praticados à luz da norma inconstitucional, exclusivamente com fulcro na segurança jurídica⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 860.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 860.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 860-861.

⁴⁵¹ Ibid., p. 861.

Aduz que, apesar do fato de a Lei nº 9.868, de 1999, ter reconhecido de forma reservada ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se limitar, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos de suas decisões positivas de inconstitucionalidade, tendo, inclusive, a Excelsa Corte tupiniquim aplicado por analogia este dispositivo na fiscalização concreta, não teria a referida competência sido reconhecida aos denominados tribunais comuns⁴⁵².

Finaliza com a observação de que inexistiria, “no universo do Direito estrangeiro um precedente que ampare a atribuição aos tribunais comuns da faculdade de restringirem os efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade”⁴⁵³.

4.3.1.3.3 Limitações de ordem teleológica

Também no plano teleológico, muito embora excepcione o já comentado caso das leis penais mais benéficas, o qual constituiria um imperativo constitucional diretamente derivado da tutela de direitos fundamentais, não visualiza Blanco razão de ser na limitação de efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade pelos tribunais comuns.

Inicialmente, observa o autor que, no paradigma lusitano de fiscalização concreta, caberia a interposição de recurso obrigatório e, em regra, direto do Ministério Público para o Tribunal Constitucional, nas hipóteses em que os tribunais comuns profiram decisões positivas de inconstitucionalidade de leis, convenções internacionais e decretos regulamentares, donde uma hipotética restrição de efeitos levada a cabo pelo tribunais ordinários sempre seria suscetível de “revisão imediata e definitiva pelo Tribunal Constitucional, o que torna a intervenção do primeiro redundante e inútil sobre a mesma matéria”⁴⁵⁴.

No mais, ainda que existam alguns atos normativos julgados inconstitucionais sem que o Ministério Público seja obrigado a recorrer da decisão dos tribunais comuns (art. 72, nº 3, da LTC), entende Blanco que quaisquer decisões que invoquem o art. 282, nº 4, da CRP, na fiscalização concreta deveriam ser conhecidas pelo Tribunal Constitucional. Assim, eventual trânsito em julgado de decisão manipulativa proferida nas instâncias ordinárias se apresentaria em contraveniência à Lei Maior⁴⁵⁵.

⁴⁵² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 861.

⁴⁵³ Ibid., p. 861.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 862.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 862.

O autor observa, ainda, que o hipotético reconhecimento do poder de limitação de efeitos aos tribunais comuns somente serviria à insegurança jurídica do sistema de controle de constitucionalidade, face, por exemplo, a possibilidade de o Tribunal Constitucional vir a julgar uma lei inconstitucional sem proceder à limitação de efeitos e, na execução do julgado, o tribunal comum decidir restringir os efeitos da inconstitucionalidade, salvaguardando, por exemplo, certos atos ou contratos da retro-operação invalidatória. Muito embora se pudesse argumentar com o cabimento de novo recurso para o Tribunal Constitucional, poder-se-ia contra-argumentar com o não-cabimento do recurso, em função de não se estar a discutir a inconstitucionalidade de uma norma, mas sim a inconstitucionalidade do julgado do tribunal recorrido na execução do julgado⁴⁵⁶.

A possibilidade de decisões conflitantes igualmente poderia redundar em situações de desigualdade derivadas do fato de determinadas pessoas poderem obter um provimento efetivo e outras um provimento fictício de inconstitucionalidade, a depender do tribunal que julgar o feito, ainda que se encontrem em idêntica hipótese fática⁴⁵⁷.

Em conclusão quanto ao ponto, entende Blanco que não somente o Direito positivo lusitano não teria atribuído, expressa ou implicitamente, a faculdade de os tribunais comuns restringirem os efeitos de suas decisões positivas de inconstitucionalidade com fulcro no art. 282, nº 4, da CRP, como também tal procedimento encontraria óbice expresso na vedação constitucionalmente erigida àquelas Cortes de aplicarem normas inconstitucionais (art. 204 da CRP)⁴⁵⁸.

4.3.1.4 A inadmissibilidade da limitação dos efeitos na fiscalização concreta exercitável pelo Tribunal Constitucional

Ao contrário de seu inequívoco entendimento relativamente à impossibilidade de os tribunais comuns lusitanos restringirem os efeitos de suas decisões positivas de inconstitucionalidade, a aceitação de que o Tribunal Constitucional possa se valer do mecanismo encartado no art. 282, nº 4, da CRP, também no âmbito da fiscalização concreta foi objeto de recente evolução no posicionamento de Carlos Blanco de Moraes.

O mencionado autor sempre reputou existir uma verdadeira lacuna quer na Constituição quer na Lei do Tribunal Constitucional (LTC) quanto à possibilidade de

⁴⁵⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 862-863.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 863.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 863.

limitação de efeitos no controle concreto de constitucionalidade exercitável pela Excelsa Corte e pelos tribunais comuns em Portugal. Nada obstante, segundo o autor referenciado, esta situação lacunar não constituiria um argumento decisivo contra a admissibilidade destas sentenças manipulativas no âmbito desta via de fiscalização⁴⁵⁹.

A partir da constatação acima mencionada, desenvolveu o autor em referência, na primeira edição do Tomo II de sua clássica obra “Justiça Constitucional”, sua opinião no sentido de se entender possível que o Tribunal Constitucional, e tão-somente este órgão, ao proferir uma sentença positiva de inconstitucionalidade, limitasse os efeitos em regra retro-operantes dela resultantes, elencando três ordens de razões para tomar esta conclusão.

Numa primeira ordem de ideias, reconheceu Carlos Blanco de Moraes a “*proximidade de exigências na suavização dos efeitos das decisões*”⁴⁶⁰ positivas de inconstitucionalidade nas fiscalizações concreta e abstrata.

Nestes termos, ressaltou o autor que, se uma eventual decisão de inconstitucionalidade proferida no controle concreto malferir situações consolidadas ou estabilizadas de maneira desproporcional, não parece fazer sentido que se possa invocar a limitação do art. 282, nº 4, da CRP, para proteger tais situações apenas na esfera do controle abstrato e não se possa salvaguardar os efeitos de tais decisões no âmbito na fiscalização concreta⁴⁶¹. Admitir esta negativa revelaria, ainda, uma desnecessária ausência de isonomia entre situações idênticas⁴⁶².

Numa segunda ordem de argumentação, Carlos Blanco de Moraes igualmente se insurgia contra o “*entendimento segundo o qual a restrição de efeitos equivaleria a uma denegação da justiça*”⁴⁶³.

À semelhança do pensamento esposado por Rui Medeiros, entendia Blanco que a possibilidade de se utilizar a regra inserta no art. 282, nº 4, da CRP, na via concreta de controle não consubstanciaria uma denegação da justiça aos particulares que manejem recursos dirigidos ao Tribunal Constitucional em face de decisões positivas de inconstitucionalidade, dado o caráter relativo do direito fundamental previsto no art. 20 da Constituição Portuguesa⁴⁶⁴, o qual não implica necessariamente o provimento do recurso com

⁴⁵⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 856. Carlos Blanco de Moraes se refere às denominadas “sentenças manipulativas” como aquelas que restringem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fulcro no art. 280, nº 4, da CRP. *Ibid.*, p. 856.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 818.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 818.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 818.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 820.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 820.

vistas a se não aplicar a norma inconstitucional ao caso concreto, máxime quando razões de ordem também constitucional recomendarem a aplicação episódica⁴⁶⁵.

Por fim, Blanco chamava a atenção para a “*comunicabilidade entre o controlo concreto e abstracto através da repetição do julgado*”⁴⁶⁶. Nesta toada, parecia querer enfatizar que a possibilidade de passagem da via concreta para a via abstrata de controle de constitucionalidade, mediante a repetição de três julgados tomados pelo Tribunal Constitucional no mesmo sentido, demonstraria a inexistência de lógica na diferenciação entre a possibilidade de restrição de efeitos nas vertentes abstrata e concreta de controle.

Não obstante, revendo seu anterior posicionamento sobre o tema por ocasião da segunda edição da obra acima referenciada, passou Blanco a não mais admitir a invocação da norma constante do art. 282, nº 4, da CRP, na fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável sequer pelo próprio Tribunal Constitucional.

Passou a defender Blanco a impossibilidade de se envidar uma aplicação analógica do art. 280, da CRP, o qual disciplina a fiscalização concreta de constitucionalidade a cargo do Tribunal Constitucional, em razão do caráter excepcional da norma constante do art. 282, nº 4, da CRP, hipótese a obstar este recurso de colmatação de lacunas segundo tradição do direito lusitano⁴⁶⁷.

Em continuação, inobstante tenha admitido cogitar-se da possibilidade de interpretação extensiva do mecanismo de limitação de efeitos previsto na Constituição de Portugal, de molde a alcançar a fiscalização concreta exercitável pelo Tribunal Constitucional, rejeitou esta atividade hermenêutica⁴⁶⁸.

Após indicar Blanco que o sentido da jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional português se coadunaria com a inaplicabilidade da limitação de feitos de decisões positivas de inconstitucionalidades proferidas na fiscalização concreta⁴⁶⁹, passa o autor em destaque a expor que, no plano lógico-sistemático, igualmente parece fazer sentido a crítica de que o art. 204 da CRP também se dirigiria ao Tribunal Constitucional, proscrevendo a restrição de efeitos no controle concreto⁴⁷⁰.

O autor destaca que, no plano teleológico, os princípios da isonomia, da segurança jurídica e do acesso dos cidadãos a uma tutela judicial efetiva igualmente se erigiriam em óbices à comentada interpretação extensiva.

⁴⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 820.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 820.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 865.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 865.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 863-865.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 865.

Ofenderiam, assim, o princípio da isonomia as hipóteses nas quais órgãos fracionários distintos do Tribunal Máximo proferissem juízos de restrição e de não restrição de efeitos para situações idênticas ou análogas⁴⁷¹.

Ademais, além da crítica fundada no princípio da segurança jurídica, já explicitada no tópico anterior, a utilização do mecanismo de limitação de efeitos “com a mesma frequência com que é utilizado em controle abstrato, poderia redundar num aluvião insustentável de sentenças de provimento fictício que representariam uma ofensa ao princípios da tutela jurisdicional efectiva (art. 20 da CRP)”⁴⁷².

Em conclusão, revendo seu posicionamento anterior, passou a entender Carlos Blanco de Moraes que nem sequer na fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável pelo próprio Tribunal Constitucional português se poderia admitir a invocação da norma constante do art. 282, nº 4, da Constituição de Portugal, não dispondo aquela Corte Maior de poder para limitar no tempo os efeitos de suas decisões positivas de inconstitucionalidade.

4.3.2 Síntese crítica acerca da possibilidade de restrição da regra da privação de eficácia decorrente da decisão positiva de inconstitucionalidade no estágio dogmático hodierno da fiscalização concreta desenvolvida no Brasil

Já se observou, ao longo do presente trabalho, que, no Brasil, a fiscalização de constitucionalidade afigura-se como consectário lógico da própria função jurisdicional, cabendo, pois, a qualquer ente julgador que legitimamente exerça este múnus⁴⁷³, na via difusa de controle, o poder-dever de resolver os casos concretos que lhe sejam postos em juízo em consonância com os ditames da Constituição Federal.

Igualmente já se assentou que, no exercício do controle concreto de constitucionalidade, à semelhança do que ocorre em Portugal, todos os julgadores constitucionais possuem o verdadeiro poder-dever de verificar eventual inconstitucionalidade, ainda que para isto não tenham sido provocados pelas partes ou pelo Ministério Público, desde que a questão constitucional seja relevante para o julgamento do caso concreto.

Cumprir analisar, agora, se no exercício difuso desta fiscalização concreta de constitucionalidade, competiria ao juiz constitucional (em sentido amplo, considerando

⁴⁷¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 867.

⁴⁷² Ibid., p. 867.

⁴⁷³ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 35.

inclusive juízes e demais tribunais que não o STF) necessariamente reconhecer a sanção da privação de eficácia ao ato normativo contraveniente à Constituição, não o aplicando ao caso concreto *sub judice*, ou se, ao revés, poderia ele, em determinadas circunstâncias, resguardar efeitos produzidos sob o amparo na norma inconstitucional.

De início, é importante ser destacado que entendemos aplicável ao fenômeno jurídico verificado no Brasil o cerne da doutrina de Rui Medeiros sobre a possibilidade de se aceitar a limitação dos efeitos tradicionalmente *ex tunc* oriundos das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na fiscalização concreta.

Ora, tal qual já se explicou no primeiro capítulo desta pesquisa, a conformação inicialmente dogmática da teoria da nulidade no Brasil mostrou-se, com o passar do tempo, falha e reveladora de inúmeras incongruências que conduziram paulatinamente a jurisprudência nacional a excepcionar o entendimento tradicional, mediante a preservação episódica de efeitos produzidos por aplicação de atos normativos posteriormente julgados inconstitucionais no exercício do controle concreto de constitucionalidade.

Conforme observado no terceiro capítulo, também no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade passou a Excelsa Corte a cogitar, em inúmeros julgados, a possibilidade de se limitar a clássica teoria da nulidade assumida em seu perfil inicialmente dogmático. Estas reflexões judiciais foram acompanhadas de debates parlamentares em torno do tema os quais, ao menos após duas tentativas frustradas, redundaram na positivação do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999.

O legislador positivo reconheceu expressamente, portanto, não somente a necessidade como também a possibilidade de se limitar a aplicação da clássica teoria da nulidade à fiscalização abstrata de constitucionalidade.

E, ainda consoante estudado no terceiro capítulo, na interpretação do dispositivo em apreço, defende-se uma ponderação entre normas constitucionais emergentes explícita ou implicitamente do Texto Magno, pelo que se entende pelo caráter meramente interpretativo do citado preceito legal.

Voltando à análise da fiscalização concreta, entendemos, com Rui Medeiros⁴⁷⁴, que sempre que o julgador constitucional se deparar, no exercício desta especial via de controle, com uma hipótese na qual a não-aplicação do ato normativo julgado inconstitucional conduza a uma situação de agravamento do estado de inconstitucionalidade, devem ser consideradas lícitas as decisões que limitem a sanção da privação de eficácia, sejam tais julgamentos efetivados pelo Tribunal Máximo sejam pelos demais órgãos jurisdicionais.

⁴⁷⁴ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 744-745.

Tal verificação exigirá que o julgador constitucional considere, no exercício do controle concreto de constitucionalidade, não apenas o plano da validade normativa, mas também e necessariamente o plano da eficácia dos atos concretos produzidos sob o amparo da lei ou ato normativo contrastante com a Constituição⁴⁷⁵.

Nestes termos, a eventual limitação da regra da privação de eficácia na via fiscalizatória concreta revelará sempre o cotejo entre normas constitucionais que aparentemente se antagonizam num dado contexto fático.

Por um lado, uma ou mais normas constitucionais (conjunto normativo “A”) violadas pela lei ou demais atos normativos objeto do controle recomendarão que o órgão jurisdicional aplique a sanção da privação de eficácia, até como forma de se concretizar o postulado da supremacia da Constituição⁴⁷⁶.

Noutro giro, cumprirá ao julgador constitucional igualmente analisar a possível existência de outras normas constitucionais (conjunto normativo “B”) as quais, naquele específico contexto, recomendem a manutenção dos efeitos produzidos sob o amparo da lei ou ato normativo objeto da fiscalização de constitucionalidade.

Os conjuntos normativos acima indicados (“A” e “B”) devem, então, ser ponderados pelo magistrado no caso concreto, afigurando-se lícita a restrição da regra da privação de eficácia *in concreto* sempre que o conjunto normativo “B” promova mais a Constituição do que o conjunto normativo “A”, que recomendava a ineficácia retro-operante.

Esta possibilidade de se analisar a normatividade da Constituição Federal em graus variáveis foi bem visualizada, no controle abstrato de constitucionalidade, por Ana Paula Ávila. Neste sentido, ao postular uma interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, salientou a autora mencionada ser esta:

forma alternativa de racionalidade autorizada pelo postulado da *supremacia da Constituição como um todo*: norma legal A contraria a norma X da Constituição, mas norma A gerou situações amparadas pelas normas Y e Z da Constituição; então, aplicar Y + Z para proteger tais situações promove *mais* a Constituição que aplicar somente X para invalidar. Essa análise pode ser tanto quantitativa (X *versus* Y + Z) – mais normas apóiam a manutenção dos efeitos que o desfazimento-, quanto

⁴⁷⁵ Em semelhante sentido, ao declinar seu voto no julgamento do RE 197.917 pelo Plenário do STF, registrou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano da norma (*Normebene*) e o plano do ato concreto (*Einzelaktebene*) também para excluir a possibilidade de anulação deste em virtude da inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 197.917**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, DJ de 7/5/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 15/1/2014. E, aduz Mendes, já em texto doutrinário, forte na doutrina de Jörn Ipsen, que esta tutela do ato singular homenagearia o princípio da segurança jurídica. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 543.

⁴⁷⁶ Vide subitem 3.2.4.

qualitativa (X *versus* X') – a norma que apóia a manutenção dos efeitos é fundamental, segundo a Constituição, e a norma cuja violação gerou a inconstitucionalidade, não⁴⁷⁷.

É, portanto, uma visão global da Constituição Federal, considerada em sua unidade normativa, que fundamenta o afastamento excepcional da retro-operação de efeitos propugnada pela teoria da nulidade, na fiscalização abstrata, bem como da regra sancionatória da privação de eficácia no controle concreto de constitucionalidade, razão pela qual estas duas sanções devem ser compreendidas como uma regra geral⁴⁷⁸, logicamente passível, nesta condição, de ser excepcionada.

A esta altura, impende ser registrado que o fato de a doutrina de Rui Medeiros advogar que a limitação da teoria da nulidade na fiscalização concreta de constitucionalidade exercida por qualquer tribunal português se fundamentaria numa interpretação extensiva da regra prevista no art. 282, nº 4, da CRP, não implica necessariamente a consideração de uma operação hermenêutica de tal jaez para explicar a possibilidade de se restringir a sanção da privação de eficácia no controle concreto brasileiro.

Comprendemos que a preocupação do citado jurista lusitano em defender uma interpretação extensiva da norma prevista no art. 282, nº 4, da CRP, é acessória no conjunto de sua obra, e deve-se principalmente à incidência a esta importante questão da norma constante do art. 204 daquele Diploma Maior, que proíbe expressamente aos tribunais portugueses aplicarem normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Um preceito como o do art. 204 da CRP não consta, contudo, da atual Constituição brasileira, afigurando-se, pois, em nosso sentir, desnecessária a preocupação em se fundamentar a possibilidade de limitação de efeitos no controle concreto de constitucionalidade exercitável difusamente no Brasil a partir de uma interpretação extensiva do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999.

Pelas razões expostas, bem se observa que não concordamos com a parcela da doutrina brasileira que, à semelhança do que defendem respectivamente Saul Tourinho Leal e Fábio Martins de Andrade, preconizam uma necessária observância aos critérios de ordem

⁴⁷⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 68.

⁴⁷⁸ Neste sentido, Fábio Martins de Andrade defende a possibilidade de limitação da “regra geral da retroatividade temporal da decisão (efeito *ex tunc*)” tanto na fiscalização abstrata como no controle concreto. ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 310-314.

material e procedimental⁴⁷⁹ estatuidos pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, com vistas a que se admita a limitação da regra da privação de eficácia das decisões positivas de inconstitucionalidade.

Aliás, a inexistência de um preceito como o vazado no art. 204 da CRP no ordenamento constitucional tupiniquim repele a esmagadora maioria das críticas provenientes da parcela da doutrina lusitana⁴⁸⁰ que não admite a limitação dos efeitos *ex tunc* postulados pela teoria da nulidade nas decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na via fiscalizatória concreta em Portugal.

Entendemos, pois, que a excepcional limitação temporal de efeitos no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável difusamente por todos os juízes e tribunais é, sim, uma decorrência lógica do próprio sistema de controle de constitucionalidade adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Tal poder é autorizado pela própria Constituição Federal, considerada em sua unidade normativa. Não têm procedência, portanto, no Brasil, críticas como a tecida por Miguel Galvão Teles em Portugal, no sentido de se advogar a ausência de autorização normativa que permita o exercício desta competência⁴⁸¹ no controle difuso de constitucionalidade lusitano.

Não se pode, ademais, concordar com a existência de um eventual nexo insuperável entre o modelo de controle de constitucionalidade *in concreto* e a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, hipótese na qual se proibiria a separação do juízo de inconstitucionalidade na via concreta-difusa da consequente não-aplicação ao caso concreto da norma declarada inconstitucional.

Em que pese concordarmos que a regra decorrente das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na via concreta de controle seja a aplicação da sanção da privação de eficácia, excepcionalmente poderá o julgador constitucional limitar esta normal decorrência da desvalia da invalidade, com vistas a impedir um agravamento do estado de inconstitucionalidade.

O único vínculo insuperável que se reconhece à fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável no Brasil é o respeito, na justa resolução dos conflitos, à vontade constitucional, aqui considerada em sua unidade normativa e que tome em consideração não somente uma avaliação sobre o juízo abstrato de constitucionalidade da lei

⁴⁷⁹ Neste sentido, confira-se o subitem 4.1.

⁴⁸⁰ Vide, por exemplo, os posicionamentos externados por Luís Nunes de Almeida e José Joaquim Gomes Canotilho, ambos mencionados no subitem 4.3.1.1. Este é também, um dos argumentos centrais da posição defendida por Carlos Blanco de Moraes, conforme explicitado no subitem 4.3.1.3.1.

⁴⁸¹ Vide subitem 4.3.1.1.

ou demais atos normativos que produziram efeitos, mas igualmente avaliando-se se a possibilidade de aplicação da regra sancionatória da privação de eficácia destes suportes lógicos não conduziria a uma situação ainda mais ofensiva à Lei Fundamental.

Ainda nesta linha de raciocínio, ao comentar o art. 282, nº 4, da CRP, Rui Medeiros bem destaca o âmago de seu pensamento sobre esta questão, o qual entendemos aplicável à experiência constitucional pátria:

O nosso ponto de partida é o de que a teleologia que preside à regra do nº 4 do art. 282 da Constituição vale indiscutivelmente em sede de controle concreto. A flexibilização dos efeitos da inconstitucionalidade expressa nesse preceito revela que, para o legislador constitucional português, o princípio da constitucionalidade não se contenta apenas com a imediata maximização parcial da efetividade da norma constitucional violada sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais. O princípio da unidade da Constituição obriga, mesmo em sede de determinação dos efeitos da inconstitucionalidade, a tomar em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. A renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória decorre da verificação de que, em certos casos, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade⁴⁸².

Ora, se a restrição episódica da sanção da privação de eficácia melhor assegurar “a normatividade da Constituição”, e inexistindo, no Brasil, uma norma como aquela extraída do art. 204 da CRP, não se cogita, em princípio, de necessariamente se autorizar a limitação dos efeitos sancionatórios em regra retro-operantes na fiscalização concreta brasileira numa interpretação extensiva da norma prevista no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999.

Para Medeiros, negar coerentemente a possibilidade de modulação dos efeitos na fiscalização concreta de constitucionalidade “pressuporia a prévia demonstração de que o problema a que o poder de limitação de efeitos pretende dar resposta não se colocaria em sede de fiscalização concreta. Já se vê que esse é um pressuposto indemonstrável”⁴⁸³. Cabem perfeitamente no exemplo brasileiro as reflexões lançadas pelo mencionado autor.

Consoante observamos ao longo da presente pesquisa, há décadas vem o Poder Judiciário brasileiro relativizando a teoria da nulidade (ou, como preferimos, a sanção da privação de eficácia) na fiscalização concreta de constitucionalidade.

Nesta atividade jurisdicional, a histórica nulidade *ex tunc* do ato normativo acoimado de inconstitucional tem sido restringida sob o fundamento da proeminência *in concreto* principalmente de “teorias” construídas para salvaguardar dimensões específicas do

⁴⁸² MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 744.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 744.

princípio da segurança jurídica, sem exclusão da possibilidade de se tutelarem outras normas constitucionalmente albergadas⁴⁸⁴.

No sentido indicado, é comum, na história jurisprudencial brasileira, tanto a produzida pela Excelsa Corte quanto aquela oriunda dos demais órgãos julgadores de primeira e de segunda instâncias, o afastamento da ineficácia episódica retro-operante decorrente de decisões positivas de inconstitucionalidade com base em conceitos jurídicos como “a teoria da aparência”, “a boa-fé”, “a proteção da confiança” e até diretamente mencionando-se o próprio princípio da segurança jurídica, fundamento maior do qual emergem aquelas teorias.

Sob o amparo de tais bases conceituais, já foram preservados, por exemplo, efeitos produzidos pela aplicação de leis que concediam remunerações a servidores públicos ou que investiram Oficiais de Justiça em seus cargos públicos, ainda após o decreto de inconstitucionalidade daqueles suportes normativos.

Em todos estes casos, foram resguardadas, no exercício da fiscalização concreta de constitucionalidade, aspectos da segurança jurídica, valor este inegavelmente constitucional que, tanto no Brasil quanto em Portugal, lastreou a possibilidade de limitação da teoria da nulidade no controle abstrato de constitucionalidade de acordo com o Direito positivado.

O fato de a fiscalização concreta de constitucionalidade normalmente ser destinada a servir de anteparo lógico à resolução de relações jurídicas travadas no passado amplifica, em nosso sentir, a importância da segurança jurídica nesta especial via de controle de constitucionalidade.

E é em seu aspecto dinâmico, concernente à transição do passado ao presente e do presente ao futuro, que se manifesta mais fortemente a importância da segurança jurídica no controle concreto de constitucionalidade, com vistas a tutelar a confiança legítima das partes nas mais diversas relações jurídicas travadas e a serem entabuladas no evolover temporal.

Todavia, a despeito da inegável envergadura constitucional da segurança jurídica no Brasil e de sua importância como fundamento para, na análise do caso concreto, se possibilitar a limitação de efeitos no controle concreto de constitucionalidade em determinadas situações excepcionais, obviamente esta não é a única norma constitucional que pode prevalecer *in concreto* na ponderação efetivada com as normas extraídas do Texto Maior que recomendem a sanção da privação de eficácia.

⁴⁸⁴ Observamos, por exemplo, no capítulo 3, que o STF já limitou a aplicação da “teoria da nulidade” (*rectius*, da sanção da privação de eficácia) no controle concreto, com vistas a salvaguardar a também constitucional garantia da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados (garantia hoje expressada no art. 95, inciso III, da CF/88, na redação que lhe foi conferida pela EC nº 19, de 1998).

Tal qual já explicado no subitem 3.2.4., entendemos que outras normas constitucionais podem servir de anteparo à possibilidade de limitação de efeitos na fiscalização concreta. *Mutatis mutandis*, outra não foi a constatação observada no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade exercitável tanto no Brasil quanto em Portugal, Países nos quais o Direito positivo procurou fundamentar a operação de limitação de efeitos em outros valores como razões de “excepcional interesse social”, “equidade” ou “interesse público de excepcional relevo”.

E é interessante lembrar que as doutrinas prevalecentes no Brasil e em Portugal apontam que estes critérios materiais respectivamente constantes do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, e do art. 282, nº 4, da CRP, devem sempre ser reconduzidos à aplicação de valores emergentes implícita ou explicitamente das Constituições de ambos estes Países.

Nestes termos, respondendo à reflexão lançada por Rui Medeiros, o problema a que o poder de limitação de efeitos visa solucionar se coloca em ambas as vias de controle de constitucionalidade, a abstrata e a concreta: pretende-se simplesmente impedir que a invalidação retro-operante decorrente da teoria da nulidade ou a sanção da privação de eficácia decorrente do desvalor da invalidade agravem o estado de inconstitucionalidade, mediante o malferimento à segurança jurídica e/ou a outros valores constitucionalmente albergados que, num dado contexto específico, prevaleçam sobre as normas constitucionais que, uma vez violadas, preconizem a observância à regra da retroatividade de efeitos.

Ademais, desde que se admita que a eventual restrição à regra da privação de eficácia somente pode ocorrer *in concreto* se outras normas constitucionais, mormente o princípio da segurança jurídica, recomendarem a preservação de atos praticados no passado sob a égide e por aplicação do ato normativo inconstitucional, também não concebemos a limitação de efeitos como uma atividade de legislador positivo a ser desempenhada pelo julgador⁴⁸⁵.

Ao preservar situações ocorridas no passado ao abrigo da lei ou ato normativo inconstitucional com vistas a preservar um bem constitucional que mereça proeminência sobre a norma extraída do Texto Magno que tenha sido violada no caso concreto e sua consequente invalidação retro-operante, está o julgador no domínio pleno da atividade jurisdicional, a qual, em sede de fiscalização de constitucionalidade, exige do julgador, bastas vezes, que pondere normas constitucionais – portanto de mesma hierarquia formal – em aparente conflito normativo, determinando-se qual ou quais deles deverão prevalecer no caso concreto.

⁴⁸⁵ Consoante observamos no subitem 3.2.2., uma crítica deste jaez já foi formulada no controle abstrato por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que associou o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, à transfiguração do STF numa “Terceira Câmara Legislativa”.

Parafraseando Teori Albino Zavascki ao comentar a possibilidade de mitigação do dogma da nulidade pelo mecanismo previsto no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, “Isso é julgar, não legislar. O legislador cria normas para disciplinar situações futuras”⁴⁸⁶. Já os órgãos jurisdicionais, ao restringirem excepcionalmente a sanção da privação de eficácia na fiscalização concreta emitem um juízo de valor sobre situações ocorridas no passado e cujo passar do tempo fez incidir o manto cobertor de outros valores constitucionalmente assegurados aos efeitos inicialmente produzidos ao amparo de um ato normativo inconstitucional.

A consideração de Zavascki se coloca, pois, com muita mais força no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade, exercitável difusamente, dada sua vocação para atuar em conflitos intersubjetivos de interesses nos quais o escopo principal é a justa resolução destas lides com vistas à pacificação social, pelo que resulta inequívoco seu caráter jurisdicional.

Inobstante a conclusão provisória a que chegamos, afigura-se relevante ponderar, num segundo momento, forte no alerta feito por Rui Medeiros para o ordenamento jurídico lusitano⁴⁸⁷, se a possibilidade de limitação da sanção da privação de eficácia não esbarraria, no Brasil, em óbices que recomendassem abstratamente a não adoção de um mecanismo desta espécie no controle concreto de constitucionalidade.

Neste sentido, uma vez já afastado *supra* o argumento central de cunho lógico-positivo erigido por Carlos Blanco de Moraes para negar a possibilidade de limitação de efeitos pelos tribunais comuns e pelo Tribunal Constitucional portugueses, no sentido de que inexistiria competência constitucional para estes órgãos jurisdicionais procederem à limitação da ineficácia retro-operante, devendo incidir, pois, o óbice do art. 204 da CRP, cumpre analisar as limitações que erige o citado autor também no que toca ao Direito comparado, bem como às de ordem teleológica.

Em primeiro lugar cumpre rechaçar o argumento de Blanco no sentido de que inexistiria, no Direito comparado, sequer um precedente a amparar a atribuição aos tribunais comuns da possibilidade de se limitarem os efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 49-50.

⁴⁸⁷ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 745-746.

⁴⁸⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 861.

Ora, independentemente de se concordar ou não com o entendimento de parcela significativa da doutrina segundo a qual a “prática da *prospectivity* no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a idéia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade”⁴⁸⁹, ao contrário do que alega Blanco, o exemplo brasileiro não socorre sua conclusão.

Com efeito, tal qual já se observou, há inúmeras décadas, não somente o Supremo Tribunal Federal, como também outros tribunais e até juízes de primeira instância têm adotado em casos excepcionais, no Brasil, um afastamento da regra da privação de eficácia decorrente de decisões positivas de inconstitucionalidade com base na segurança jurídica e em outros valores constitucionais.

Outra não é a constatação de Fábio Martins de Andrade, que noticia o fato de que “paulatinamente, a possível aplicação da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais vai se espalhando para além das fronteiras da Suprema Corte, ou seja, já esteve em debate no âmbito do STJ e, igualmente, vem ganhando espaço nos julgamentos prolatados pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça do País”⁴⁹⁰.

Ainda que assim não fosse, o fato de inexistir um exemplo no Direito comparado não pode se constituir num argumento decisivo para se negar a possibilidade de se limitar a regra da privação de eficácia na fiscalização concreta de constitucionalidade em qualquer País. Isto porque a disciplina das sanções passíveis de serem aplicadas nas decisões positivas de inconstitucionalidade pode variar, consoante já estudado no primeiro capítulo desta pesquisa, de acordo com cada ordem jurídico-positiva, não se podendo cogitar de uma solução universalmente válida.

⁴⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **As vertentes do Direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 445.

⁴⁹⁰ ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 305. O autor referenciado cita uma pletera de julgados de tribunais de segunda instância nos quais a questão da modulação dos efeitos teria sido debatida ou aplicada: “A título meramente ilustrativo, confira os seguintes acórdãos, nos quais houve o debate em torno da questão jurídica da possível aplicação ou não da modulação temporal dos efeitos das decisões em tribunal de segundo grau: TRF-1ª Região – 7ª Turma, AgRMC 200801000558731, Rel. Des. Fed. Rafael Paulo Soares Pinto, j. 19/1/2009, DJE 30/1/2009; TRF-1ª Região – 7ª Turma, EDAC 200738010009502, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 14/10/2008, DJU de 16/1/2009; TRF 2ª Região – 3ª Turma Especializada, AC 394.269, Rel. Des. Fed. Francisco Pizzolante, j. 18/11/2008, DJU de 1º/12/2008; TRF 2ª Região – 4ª Turma Especializada, AG 153.289, Rel. Des. Fed. Alberto Nogueira, j. 23/9/2008, DJU de 19/11/2008; TRF-3ª Região – 6ª Turma, AC 1357085, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 29/1/2009, DJU de 16/3/2009; TRF-3ª Região – 3ª Turma, AC 1354744, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 8/1/2009, DJU de 20/1/2009; TRF-3ª Região – 6ª Turma, AC 1346618, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 30/10/2008, DJU de 27/11/2008; TRF-5ª Região – 1ª Turma, AC 407583, Rel. Des. Fed. Cesar Carvalho, j. 05/3/2009, DJU de 9/4/2009; TRF-5ª Região – Pleno, AR 6.025, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, j. 1º/4/2009, DJU de 30/4/2009; TRF-5ª Região – Pleno, AR 5.686, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, j. 22/10/2008, DJU de 12/12/2008; TRF-5ª Região – Pleno, EDAR 5.471, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcanti, j. 27/2/2008, DJU de 23/5/2008;”. Ibid., p. 305.

E o que se defende no presente trabalho é que a ordem jurídica brasileira não erige qualquer óbice à excepcional restrição da regra da privação de eficácia no controle concreto de constitucionalidade a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal.

Conforme observado *retro*, Blanco sustenta, igualmente, uma segunda ordem de argumentos, agora de cunho teleológico, contrários à possibilidade de limitação da sanção da privação de eficácia no controle concreto de constitucionalidade. Tais barreiras ora seriam aplicada apenas aos tribunais comuns ora também ao Tribunal Constitucional.

Neste diapasão, não entendemos subsistirem, no exame da ordem jurídica brasileira, os argumentos específicos expostos por Blanco com vistas a tentar demonstrar a impossibilidade de limitação de efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade pelos tribunais comuns⁴⁹¹.

Assim, sequer seria aplicável ao controle de constitucionalidade brasileiro seu argumento no sentido de que o recurso obrigatório por parte do Ministério Público para o Tribunal Constitucional previsto no ordenamento jurídico português para inúmeras hipóteses de decisões positivas de inconstitucionalidade tornaria redundante e improfícua a eventual restrição de efeitos levada a cabo pelos tribunais comuns⁴⁹².

Ora, inexistente, no Brasil, um preceito que, tal como sucede em Portugal, estabeleça o recurso obrigatório por parte do *Parquet* em hipóteses de decisões positivas de inconstitucionalidade, nem muito menos em situações nas quais os juízes e tribunais ordinários venham a limitar a regra da privação de eficácia, hipótese aventada por Blanco.

É possível, pois, que decisões positivas de inconstitucionalidade transitem em julgado sem o pronunciamento do Pretório Máximo, donde se verifica a importância de se permitir a limitação de efeitos também pelos juízes e demais tribunais.

Assume-se que o fato de o Supremo Tribunal Federal poder vir a se manifestar posteriormente acerca da limitação à regra da privação de eficácia sucedida pelas instâncias ordinárias não possui, em absoluto, o condão de tornar inútil eventual limitação de efeitos tomada por estes órgãos jurisdicionais inferiores, até porque o pronunciamento da Excelsa Corte sobre a matéria constitucional somente costuma ocorrer após um longo percurso da marcha processual.

Ora, é fato notoriamente observado, no Brasil, que o pronunciamento definitivo do STF, na fiscalização concreta de constitucionalidade, historicamente ocorre após inúmeros

⁴⁹¹ Vide subitem 4.3.1.3.3.

⁴⁹² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 862.

anos após a instauração da relação processual, razão pela qual se proscreever a limitação da regra da privação de eficácia aos juízes e tribunais comuns poderá redundar num agravamento do estado de violação à Lei Maior durante um longo interstício, causando-se muitas vezes aos jurisdicionados danos de difícil ou impossível reparação decorrentes da não-aplicação dos atos normativos acoimados de inconstitucional aos seus casos concretos.

Outrossim, não merecem prosperar, no Brasil, os argumentos de Blanco, no sentido de que os princípios da isonomia, do acesso aos tribunais e da segurança jurídica se erigiriam em óbices à possibilidade de limitação dos efeitos tradicionalmente emergentes das decisões positivas de inconstitucionalidade no controle concreto exercitável difusamente tanto pelos tribunais comuns quanto pelo Tribunal Constitucional.

Quanto à falta de isonomia decorrente da possibilidade de órgãos jurisdicionais diversos proferirem juízos de limitação e de não limitação da regra da privação de eficácia para situações idênticas ou análogas⁴⁹³, impende observar que a possível desigualdade nos pronunciamentos proferidos no controle concreto de constitucionalidade é uma característica inerente ao paradigma de exercício difuso deste controle no Brasil, no qual juízes e tribunais já podem adotar soluções díspares sobre os juízos de inconstitucionalidade que lhes sejam submetidos.

Além do mais, proscreever simplesmente a limitação de efeitos na fiscalização concreta não redundará em benefício à isonomia, visto que, nesta hipótese, ainda sobriariam duas alternativas aos órgãos jurisdicionais: *i*) juízes mais pragmáticos poderiam evitar o decreto de inconstitucionalidade *in concreto*, subterfúgio para continuarem a aplicar as leis ou atos normativos inconstitucionais com vistas a não se agravar o estado de malferimento ao Texto Magno; ou, ainda, *ii*) magistrados mais legalistas poderiam não aplicar tais atos normativos aos casos concretos, fiéis a seus entendimentos com relação ao juízo lógico antecedente pugnado pela fiscalização incidental de constitucionalidade. A alegada ofensa à isonomia, portanto, não seria resolvida.

Em verdade, tal qual sucede com a variação dos juízos de constitucionalidade e de inconstitucionalidade normalmente observável no controle concreto, cumprirá ao STF, como Guardião último da Constituição Federal, uniformizar a leitura porventura flutuante da Constituição efetivada pelos órgãos jurisdicionais inferiores, de molde a se possibilitar eventual correção da falta de isonomia nas restrições da sanção da privação de eficácia.

⁴⁹³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 867.

Igualmente insubsistente, no ordenamento jurídico brasileiro, se nos afigura a alegação desenvolvida por Blanco, no sentido de que a possibilidade de limitação de efeitos no controle concreto de constitucionalidade atentaria contra os reclamos da garantia constitucional de acesso aos tribunais.

Ora, tal qual já estudado na doutrina de Rui Medeiros, a possibilidade de se restringir a sanção da privação de eficácia no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade não significa desconsiderar-se a legítima expectativa da parte que detinha consciência da inconstitucionalidade do ato normativo que se contrapunha ao reconhecimento de sua pretensão.

A uma, a garantia de acesso à Justiça (encartada, no Brasil, no art. 5º, inciso XXXV⁴⁹⁴, da CF/88) não significa necessariamente a procedência do pedido (obrigação-resultado), mas apenas implica o direito à justa e legal resolução da lide (obrigação-meio).

A duas, ao se cogitar um argumento desta espécie, razão idêntica deveria valer para se criticar sob tal fundamento a declaração de inconstitucionalidade proferida *in abstracto* pelo STF, o que, à semelhança do que sucede em Portugal, não ocorre no Brasil.

Ressalte-se, a título de reforço, que a limitação de efeitos na fiscalização concreta por nós defendida na esteira dos ensinamentos de Rui Medeiros é fruto não do arbítrio, mas da concretização global da Constituição em sua unidade normativa⁴⁹⁵, razão pela qual, ainda que se cogitasse de ofensa à garantia do acesso à Justiça, não se deveria atribuir uma conotação absoluta a quaisquer valores constitucionais, devendo também esta garantia fundamental ser ponderada *in concreto* com as demais normas emergentes do Texto Magno que recomendassem a limitação da privação de eficácia.

Ademais, a noticiada *praxis* jurisprudencial pátria já demonstrou que, há muitas décadas, vêm os juízes e tribunais (incluindo o STF) limitando a regra da privação de eficácia na fiscalização concreta de constitucionalidade, sem que este proceder tenha sido objeto de comentários doutrinários acerca de eventual ofensa à garantia de acesso à Justiça.

A questão ganha contornos especiais quando analisada sob a ótica da segurança jurídica, certamente a mais sólida razão deduzida por Carlos Blanco de Moraes para não admitir a possibilidade de aplicação episódica da lei ou ato normativo inconstitucional ao

⁴⁹⁴ CF/88. “Art. 5º (*Omissis*) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2014.

⁴⁹⁵ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 747.

caso concreto.

Este importante contraponto vem, inclusive, ganhando paulatinamente espaço na doutrina brasileira, consoante já observamos nos posicionamentos de Fábio Martins de Andrade e de Eduardo Piñeiro⁴⁹⁶.

Ora, em que pese o reconhecimento de ser possível e deveras usual, que o poder para limitar a regra da privação de eficácia se ampare no conteúdo da proteção da confiança emergente do princípio da segurança jurídica em sua dimensão dinâmica (garantia da segurança jurídica dos jurisdicionados na esfera do caso concreto), a multiplicação de decisões que excepcionem a regra geral que se verifica quanto aos efeitos do decreto de inconstitucionalidade poderá atingir um grau de instabilidade que passe a comprometer a cognoscibilidade do Direito por todos os jurisdicionados, pelo que se observa uma potencial ofensa da segurança jurídica agora em seu aspecto estático. Conforme já ressaltado, tal preocupação parece ter permeado a decisão liminar proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa nos autos da Medida Cautelar na Reclamação 6.917⁴⁹⁷.

Entendemos, contudo, que, na tensão dialética existente entre a possibilidade de se resguardar mais eficazmente, nos julgamentos de casos concretos, a dimensão dinâmica da segurança jurídica (basicamente seu conteúdo cristalizado na proteção da confiança) ou, por outro lado, privilegiar-se a dimensão estática deste valor constitucional (atinentes à cognoscibilidade do Direito), deve o julgador constitucional fazer prevalecer, na fiscalização concreta, a primeira dimensão referenciada, justamente porquanto volvida à tutela da segurança jurídica em seu aspecto mais importante para esta via fiscalizatória: como direito individual (portanto subjetivado) que potencia a proteção da confiança dos cidadãos.

Valendo-se dos ensinamentos de Walter Claudius Rothenburg sobre a classificação dos modelos de controle de constitucionalidade quanto à tendência ideológica que acabam por perseguir ou desenvolver, André Ramos Tavares bem observa que “o controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis tende, pela subjetivização que há em sua raiz, ao desenvolvimento dos direitos fundamentais”⁴⁹⁸.

Em verdade, a fiscalização concreta de constitucionalidade é desenvolvida em caráter incidental ao objeto principal da causa, muito embora possua com este íntima conexão. Portanto, este modelo de controle está intrinsecamente vocacionado a garantir a supremacia

⁴⁹⁶ Posições alinhavadas no subitem 4.1.

⁴⁹⁷ Vide subitem 4.2.2.

⁴⁹⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254. Por seu turno, “o controle abstrato, pela sua objetividade, tende a ocupar-se das preocupações de governabilidade, sem aquilatar com a devida ênfase os efeitos que dele decorrem para a vida dos particulares”. Ibid. p. 254.

constitucional num dado conflito intersubjetivo de interesses deduzido em juízo (lide).

Destarte, cumprirá ao juiz constitucional, no exercício da fiscalização concreta, aquilatar a observância ou não dos ditames constitucionais nas relações intersubjetivas travadas entre as partes litigantes.

A vocação do exercício do controle concreto de constitucionalidade leva-nos, portanto, a considerar que, na alternativa entre melhor privilegiar a dimensão dinâmica da segurança jurídica ou sua dimensão estática, cumprirá ao julgador constitucional privilegiar a primeira dimensão proposta, a qual inegavelmente possui maior afinidade e melhor contribuirá com a justa resolução do conflito intersubjetivo de interesses que lhe é posto a decidir.

Aduza-se que a ordem jurídica brasileira tem sido cada vez mais dotada de instrumentos positivados de uniformização jurisprudencial⁴⁹⁹, os quais, ao possibilitarem que os órgãos jurisdicionais afinem seus discursos inclusive quanto a questões constitucionais, certamente são aptos a reduzir a complexidade decorrente do fato de se aceitarem limites à sanção da privação de eficácia por qualquer juiz ou tribunal no controle concreto de constitucionalidade.

Neste sentido, basta vislumbrarmos que um contexto que mereça esta restrição de efeitos poderá ter sua solução jurisdicional reproduzida em inúmeros outros casos idênticos, diminuindo-se a instabilidade de decisões conflitantes na proporção direta na qual se aumentará o grau de conhecimento do ordenamento jurídico por parte dos jurisdicionados.

Nesta ordem de raciocínio, entendemos que a garantia da segurança jurídica em seu aspecto estático, tendente à salvaguarda da certeza do Direito posto, muito embora deva estar presente mediamente na preocupação do julgador no exercício do controle concreto, se insere mais propriamente nas responsabilidades do legislador positivo, seja ele constitucional ou infraconstitucional.

Em decorrência deste raciocínio, acaso a possibilidade de qualquer juiz ou Tribunal restringir a regra da privação de eficácia de determinado ato normativo inconstitucional, no exercício da fiscalização concreta de constitucionalidade, vier um dia a

⁴⁹⁹ Dos quais são exemplos as Súmulas Vinculantes, a sistemática da repercussão geral da questão constitucional, que revela uma verdadeira tendência hodierna de objetivação da fiscalização concreta de constitucionalidade mediante o fortalecimento dos precedentes produzidos pelo STF nessa via de controle, dentre inúmeros outros. Este movimento foi recentemente destacado em julgado da Excelsa Corte, no qual se asseverou “que o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva”, a demonstrar “que o Brasil acompanharia movimento semelhante ao de outros países nos quais adotado o sistema da *civil law*, que se aproximariam, paulatinamente, de uma cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 739 do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

impingir um grau inaceitável de instabilidade à ordem jurídica, prejudicando a cognoscibilidade dos cidadãos quanto ao Direito posto jurisdicionalmente, ou até incorrendo em outros óbices constitucionais objetivos, como o estímulo a inconstitucionalidades úteis ao Poder Público que poderia redundar do abuso da tese da limitação de efeitos, competiria mais propriamente ao legislador alterar as bases estruturais do modelo de fiscalização difusa tupiniquim, de molde a mitigar esta perturbação sistêmica, mediante a uniformização da jurisprudência constitucional.

Prováveis soluções para um panorama deste jaez seriam tanto a adoção do modelo de uniformização jurisprudencial observada na regra do *stare decisis* estadunidense, o que parece estar sendo a paulatina intenção das recentes reformas legislativas observadas no Brasil, quanto a possibilidade de se instituir um controle concreto de constitucionalidade por elevação da causa, mediante a criação de um incidente de inconstitucionalidade⁵⁰⁰, centrando-se na competência do STF a exclusividade para se julgar a questão constitucional⁵⁰¹ (e logicamente reduzindo ao órgão máximo da jurisdição constitucional a possibilidade de se limitar a sanção da privação de eficácia).

Nestes termos, em que pese a prática corrente da limitação de efeitos no controle concreto ainda não ter fomentado discussões doutrinárias, parlamentares ou jurisprudenciais mais relevantes em torno do eventual enfraquecimento da cognoscibilidade do Direito, não se nega que a verificação de eventuais danos causados pela estrutura do controle de constitucionalidade exercido no Brasil a esta dimensão do princípio da segurança jurídica poderá revelar a necessidade futura de se reestruturar a fiscalização de constitucionalidade pátria.

Inobstante a possibilidade de se alterar prospectivamente o modelo de fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável difusamente no Brasil, podemos concluir que o estudo das doutrinas brasileira e portuguesa não revela quaisquer óbices ao poder-dever dos juízes e tribunais pátrios (aí incluídos o STF e os demais tribunais a ele inferiores) procederem, no atual estágio jurídico-positivo desta via de controle, à limitação *in concreto* da regra da privação de eficácia da lei ou ato normativo inconstitucional. É possível, pois, reconhecer-se excepcional aplicação *in concreto* deste ato normativo com vistas a se preservar efeitos produzidos sob o seu amparo e, assim, evitar-se um agravamento do estado de

⁵⁰⁰ Sobre o “controle de constitucionalidade por elevação da causa” e acerca do “incidente de arguição de inconstitucionalidade” conferir: BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 269-273.

⁵⁰¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 233.

inconstitucionalidade.

CONCLUSÕES

1. A fiscalização jurisdicional de constitucionalidade foi inaugurada, no Brasil, com o advento da República, sob a marcante influência do paradigma do *judicial review*, cujas bases teóricas se solidificaram e passaram a se difundir universalmente a partir do conhecido julgamento *Marbury x Madison* pela Suprema Corte estadunidense.

2. Neste período inicial, o modelo de controle de constitucionalidade pátrio seguiu as linhas mestras do *judicial control*, reconhecendo a todo e qualquer juiz ou tribunal o poder para, na resolução de um caso concreto, verificar incidentalmente e inclusive de ofício, a higidez do ato normativo em cotejo com seu fundamento último de validade: a Constituição.

3. Em se verificando o contraste com a Lei Maior, impor-se-ia ao magistrado, de acordo com a teoria da nulidade, declarar a inconstitucionalidade do ato normativo objeto da fiscalização. Este julgado apenas revelaria uma pré-existente nulidade absoluta daquele suporte deôntico, o qual deveria ser considerado destituído de eficácia *ab initio*.

4. A teoria da nulidade assumiu uma condição verdadeiramente dogmática, no Brasil, notadamente por meio da influência de Ruy Barbosa e outros autores que perfilharam seus ensinamentos. Esta compreensão logo se espalhou pela jurisprudência pátria, encontrando eco inclusive no entendimento do STF desde os primórdios da República. Ainda hoje, a jurisprudência da Excelsa Corte e a doutrina majoritária admitem o caráter de princípio constitucional implícito à nulidade do ato normativo contraveniente à Constituição. Há, contudo, vozes dissonantes que defendem a tese da anulabilidade do ato normativo inconstitucional e o caráter constitutivo das decisões positivas de inconstitucionalidade.

5. Inobstante a existência de discussões entre os adeptos das teorias da nulidade e da anulabilidade acerca da natureza jurídica declaratória ou constitutiva das decisões positivas de inconstitucionalidade, há razoável consenso doutrinário entre os seguidores de ambas as correntes no sentido de que os efeitos destes julgados, quando proferidos no âmbito do denominado controle de constitucionalidade *in concreto*, devem operar em relação ao caso concreto de maneira retro-operante. Interessa, pois, saber se esta retroatividade pode ser limitada no controle de constitucionalidade concreto e, em caso positivo, quais órgãos deteriam este poder.

6. A doutrina que, com base no dogma da nulidade, propugnava efeitos retro-operantes absolutos mostrou-se, com o passar do tempo, insuficiente para regular todas as situações da vida, o que se revelou clarividente em hipóteses nas quais outros valores constitucionais pudessem ser malferidos com a atribuição de efeitos *ex tunc* às decisões positivas de inconstitucionalidade.

7. Não se confundem os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos em geral e das normas jurídicas em especial. Reputa-se existente um ato normativo que ingressa no mundo jurídico, podendo esta introdução ser considerada regular ou não. Após, deve-se verificar se esta existência se encontra em harmonia com as prescrições constitucionais, considerando-se o ato normativo válido, acaso se verifique esta perfeição relacional. No plano da eficácia, verifica-se a ocorrência de efeitos jurídicos ou sociais, os quais podem decorrer não somente de atos válidos como também de atos inválidos.

8. A inconstitucionalidade representa um conceito relacional de conteúdo normativo verificável no plano da validade, sendo que as possíveis sanções que possam ser aplicadas pelas decisões positivas de inconstitucionalidade são elementos externos à relação em comento, podendo licitamente variar em cada ordenamento jurídico positivo, como inclusive tem se observado do estudo das clássicas sanções da nulidade e da anulabilidade no Direito comparado.

9. A principal característica da sanção da nulidade aponta, além da natureza declaratória da decisão que a pronuncia, para a ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional. É, portanto, vinculada à sanção da nulidade a ideia da atribuição de efeitos retro-operantes (ou *ex tunc*) às decisões positivas de inconstitucionalidade.

10. Além de reconhecer a natureza constitutiva das decisões positivas de inconstitucionalidade, os adeptos da teoria da anulabilidade entendem que a sanção aplicável em virtude da inconstitucionalidade pressupõe que o ato normativo contrastante com a Constituição seja considerado válido e opere efeitos regulares até que se ultime o ato de sua anulação, hipótese na qual a decisão que reconhece a inconstitucionalidade pode ostentar eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, principalmente em atenção à noção de segurança jurídica, já presente no pensamento kelseniano.

11. Excepcionalmente, contudo, a Constituição austríaca, mediante Reforma operada em 1929, passou a admitir um incidente de inconstitucionalidade por meio do qual se permitiu que o reconhecimento da mácula à Constituição operasse efeitos retroativos (*ex tunc*), no que se refere ao caso concreto que deu origem ao incidente.

12. Em que pese a inconstitucionalidade se constituir num vício relacional observável no plano da validade normativa, é certo que a sua decretação judicial tem postulado efeitos sancionatórios que se projetam no plano da eficácia.

13. Não obstante, é na análise de cada ordenamento jurídico-positivo que se deve analisar o regime sancionatório passível de ser aplicado pelos órgãos jurisdicionais mediante as decisões positivas de inconstitucionalidade que profiram.

14. No Brasil, predomina a visão que advoga o cabimento da sanção da nulidade no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, a qual redundará na não-aplicação do ato normativo inconstitucional ao caso subjacente.

15. Não obstante, segundo os caracteres da fiscalização de constitucionalidade *in concreto* admitida no Brasil, deixar de aplicar a lei reputada inconstitucional para a situação que deu ensejo à fiscalização redundará no reconhecimento da ineficácia retro-operante e *inter partes*, ou, segundo expressão cunhada por Carlos Blanco de Moraes em Portugal e adotada nesta pesquisa, não aplicar uma lei inconstitucional ao caso concreto significa atribuir ao desvalor da invalidade a sanção da privação de eficácia.

16. Tanto a nulidade quanto a privação de eficácia advogam, contudo, a retroatividade dos efeitos sancionatórios no controle concreto de constitucionalidade, pelo que se pode afirmar possuírem efeitos práticos idênticos sob este aspecto.

17. As hipóteses da omissão inconstitucional, bem como da denominada exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade se afiguram *a priori* desconectadas dos regimes preconizados pelas sanções da nulidade e da privação de eficácia, razão pela qual não se enquadram no objeto da presente pesquisa.

18. A par da verificação de algumas diferenças pontuais, os modelos de fiscalização de constitucionalidade adotados no Brasil e em Portugal apresentam significativa afinidade estrutural, podendo ambos os paradigmas ser classificados como modelos mistos complexos, no qual coexistem, em seus aspectos principais, as vias de controle de constitucionalidade concreta, exercitável difusamente e cujas linhas estruturais são herdadas do *judicial review* desenvolvido na tradição estadunidense, e abstrata, instituída em ambos os Países num segundo momento histórico sob a marcante influência europeia do sistema austríaco de controle.

19. À semelhança do que ocorrido no Brasil, mas com algumas particularidades distintas, a fiscalização concreta de constitucionalidade em Portugal igualmente pode ser considerada do tipo difusa na base e concentrada no topo, visto ter sido adotada em ambos os Países uma solução de compromisso entre o modelo estadunidense da *judicial review of legislation* (controle difuso) e o modelo austríaco de fiscalização concentrada (*Verfassungsgerichtsbarkeit*).

20. O controle abstrato lusitano, assim como o brasileiro, também concebe a verificação da constitucionalidade como o objeto principal do processo, ostentando as decisões nele proferidas a qualidade da força obrigatória geral, manifestada na vinculação de

seus decretos aos demais órgãos constitucionais, administrativos e jurisdicionais, bem como na força de lei para todas as pessoas físicas e jurídicas.

21. Ao tratar da fiscalização abstrata sucessiva, a Constituição de Portugal estabeleceu expressamente, em seu art. 282, nº 1, que a “declaração de inconstitucionalidade [...] com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional [...] e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”, positivando inequivocamente a tese da invalidação retro-operante advogada pela teoria da nulidade para reger os casos de inconstitucionalidade originária no controle *in abstracto*.

22. Coube à própria Constituição lusitana conceber a teoria da nulidade como uma regra geral aplicável à fiscalização abstrata, erigindo expressamente, porém, hipóteses excepcionais nas quais a invalidação retro-operante pode ceder lugar a decisões com eficácia *ex nunc* ou até *pro futuro*.

23. No âmbito do controle concreto, a doutrina portuguesa outrossim costuma, em sua maioria, enquadrar a sanção da nulidade como a cabível em face dos atos normativos inquinados de inconstitucionalidade, situação a qual, uma vez vislumbrada pelo juiz, conduziria à não-aplicação da norma objeto da fiscalização.

24. Há, todavia, respeitável entendimento minoritariamente exposto por Carlos Blanco de Moraes, o qual entendemos tecnicamente mais correto, no sentido de se reconhecer a privação de eficácia no caso concreto como o regime sancionatório típico da fiscalização concreta de constitucionalidade. Tal conclusão, não obstante, tem interesse puramente acadêmico, uma vez que, quer se adote a tese da invalidade-nulidade quer a posição da invalidade-ineficácia, há razoável consenso acerca da identidade de efeitos práticos oriundos de ambas estas posições: as duas reconhecem, em *ultima ratio*, um regime de ineficácia retro-operante para o caso concreto como consequência da decisão positiva de inconstitucionalidade.

25. Tal qual já se afirmou, inobstante a teoria da nulidade tenha sido positivada para reger a fiscalização abstrata de constitucionalidade em Portugal, a própria Lei Maior daquele País consagra algumas hipóteses excepcionais que desnaturam a conformação de “dogma absoluto” atribuída àquela teoria em seu nascedouro.

26. Uma destas exceções consagra a possibilidade de que o Tribunal Constitucional relativize a teoria da nulidade, na fiscalização abstrata, quando a segurança jurídica, razões de equidade e/ou o interesse público de excepcional relevo exigirem a restrição dos efeitos invalidatórios em regra retro-operantes das decisões positivas de inconstitucionalidade (art. 282, nº 4, da CRP).

27. Tem predominado, na doutrina portuguesa mais recente, o entendimento segundo o qual os critérios materiais emergentes do art. 282, nº 4, da CRP, incluindo o controverso pressuposto do “interesse público de excepcional relevo”, devem ser reconduzidos a valores e finalidades constitucionalmente tutelados.

28. A aplicação dos critérios previstos no art. 282, nº 4, da CRP, reclamaria, assim, para a parcela majoritária da doutrina portuguesa, uma ponderação entre valores constitucionalmente albergados.

29. No Brasil, desde a ordem constitucional pretérita, alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal já aceitavam, a título de exceção, a limitação episódica da invalidação com efeitos retro-operantes da lei inconstitucional na via da fiscalização concreta de constitucionalidade. Esta possibilidade de restrição de efeitos também já vinha sendo ventilada pelo STF em julgados produzidos na via abstrata em momento anterior à positivação do mecanismo que veio a lhe conceder expressamente esta competência no controle abstrato.

30. Após duas tentativas frustradas de se inserir no Texto Constitucional a possibilidade de o STF relativizar o dogma da nulidade, enfim um mecanismo de tal jaez logrou positivação no ordenamento jurídico brasileiro. Cuida-se do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, o qual previu que poderá o STF, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, [...] 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”.

31. Muito embora existam críticas ao estabelecimento do *quorum* qualificado previsto no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999 (critério procedimental), o qual exige a confluência dos votos de oito Ministros para a modulação de efeitos, entende-se que esta exigência foi erigida dentro da liberdade de conformação do legislador ordinário, bem como não malferiu a Lei Maior.

32. Em seu aspecto material, à semelhança do que verificado em Portugal, o dispositivo mencionado estabeleceu um mecanismo de ponderação entre normas constitucionais apto a possibilitar a relativização da tradicional teoria da nulidade pelo STF. Para tanto, exigiu que a modulação de efeitos se lastreie na observância de ao menos um dos critérios materiais que previu: razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

33. A crise de segurança jurídica vivenciada nas sociedades contemporâneas tem despertado cada vez mais debates doutrinários e jurisprudenciais em torno desta norma, a qual tem sido identificada em doutrina ora como finalidade ora como razão fundamental da própria criação cultural do Direito pela humanidade.

34. Não parece haver dúvidas de que a segurança jurídica pode ser concebida como um princípio portador de validade nos mais diversos ordenamentos jurídicos conhecidos, ainda que sua extensão possa variar de País para País. No Brasil, afigura-se indene de dúvidas sua caracterização como um princípio constitucional que deita raízes no sobreprincípio do Estado de Direito.

35. Inobstante seu conteúdo polissêmico, pode-se afirmar que as mais diversas conceituações de segurança jurídica colhidas em doutrina gravitam em torno dos eixos-centrais da estabilidade e da previsibilidade do Direito, os quais, por sua vez, expõem a incidência do valor fundamental em estudo em duas dimensões distintas: a dinâmica e a estática.

36. A ideia de previsibilidade remete à qualidade do Direito de ser cognoscível pelos cidadãos, o qual poderá identificar a norma aplicável a suas relações intersubjetivas com tanto mais clareza quanto seja o grau de segurança jurídica observável na sociedade em que se insere. Esta noção conceitual se situa na dimensão estática da segurança jurídica.

37. Já a estabilidade se situa no aspecto dinâmico do agir temporal, voltando-se a segurança jurídica à tutela da confiança, da salvaguarda das situações consolidadas e da consequente sensibilidade, ou não, dos cidadãos, de que o Direito conhecido é apto a garantir certo grau de avaliação prospectiva das consequências jurídicas que poderão advir em decorrência de suas condutas, com vistas a planejar seus comportamentos em sociedade. Identifica-se a dimensão dinâmica, pois, não somente com o a passagem do passado ao presente, como também do presente ao futuro.

38. Na esteira da tendência contemporânea de positivação da segurança jurídica, máxime de sua inserção em nível constitucional observada em alguns Países nas últimas décadas, também no Brasil se afigura indene de dúvidas doutrinária e jurisprudencialmente a envergadura constitucional da segurança jurídica.

39. A CF/88 estabeleceu inúmeros fundamentos diretos e indiretos que revelam a sede constitucional da segurança jurídica como valor, princípio, sobreprincípio, subprincípio e direito subjetivo, aspectos distintos que, a depender do referencial que se adote, podem caracterizar a segurança jurídica.

40. Inobstante a existência de críticas ao caráter fluido e subjetivo da expressão “excepcional interesse social”, razão pela qual inclusive já se pôs em cheque a sua constitucionalidade, tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência do STF, a exemplo do que ocorre em Portugal, a ideia de que o mencionado critério material deve ser reconduzido a normas previstas implícita ou explicitamente na Lei Maior.

41. Amparado no entendimento de que os critérios materiais previstos no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, reconduzem-se a normas constitucionais e não se constituem num rol taxativo, bem como na constatação de que o preceito em destaque expressamente propugna uma ponderação destas normas com aquelas que recomendem a aplicação da tradicional invalidação com efeitos *ex tunc*, conclui-se que este dispositivo não atribuiu, de maneira originária, a competência para que a Excelsa Corte pudesse limitar os efeitos tradicionalmente retro-operantes decorrentes da teoria da nulidade na fiscalização abstrata de constitucionalidade.

42. Ao revés, entende-se que a competência para que o STF possa limitar os efeitos em regra observáveis em decorrência das decisões positivas de inconstitucionalidade é uma atribuição jurisdicional inerente ao exercício da fiscalização de constitucionalidade *in abstracto*, no âmbito da qual competirá ao Guardião último da Constituição aquilatar se a regra da invalidação retroativa se impõe ou não, em cotejo com um exame global da Lei Fundamental, para fins de determinação dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade.

43. No Brasil, a produção doutrinária ainda pode ser considerada tímida no que diz respeito à análise da possibilidade de o julgador constitucional impor limites à sanção da privação de eficácia no exercício do controle concreto de constitucionalidade.

44. Num panorama geral, pode-se considerar que a maioria dos autores pátrios tem se inclinado a admitir a possibilidade de limitação da sanção da privação de eficácia – expressão por nós aceita como mais apropriada do que a difundida “modulação de efeitos” – na fiscalização concreta de constitucionalidade. Estes autores, contudo, normalmente chegam a esta conclusão sem explicitar suas premissas conceituais, bem como não enfrentando argumentos contrários à admissão da limitação de efeitos no controle concreto.

45. Afigura-se igualmente carente de discussão a importante questão de se saber se juízos de primeiro grau de jurisdição e outros tribunais diversos do STF deteriam este poder de afastar episodicamente a sanção da privação de eficácia.

46. Embora a positivação do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, pudesse suscitar o entendimento no sentido de se conceber a possibilidade de limitação dos efeitos *ex tunc* tão-somente no âmbito da fiscalização de constitucionalidade *in abstracto*, a Excelsa Corte manteve-se fiel à sua linha jurisprudencial que aceitava a excepcional aplicação da lei ou ato normativo reputado inconstitucional, passando a admitir expressamente o que denominou de “modulação dos efeitos” de suas decisões positivas de inconstitucionalidade prolatadas na via concreta de controle de constitucionalidade.

47. Ainda na produção jurisprudencial do STF, é importante ser destacada a recente inclinação de algumas decisões monocráticas – muito embora haja um julgado em sentido contrário – no sentido de se admitir a legitimidade da relativização da regra da privação de eficácia não somente pela Excelsa Corte como também por quaisquer outros órgãos jurisdicionais singulares ou colegiados que exercitem a fiscalização concreta de constitucionalidade. Embasaram-se todas as decisões até aqui proferidas em considerações em torno do princípio da segurança jurídica.

48. Em Portugal a questão se afigura controvertida na doutrina. A maior parte dos entendimentos que se erigem contrariamente à limitação de efeitos na via fiscalizatória concreta ressaltam ora uma interpretação literal da norma constante do art. 282, nº 4, da CRP, a qual é expressamente aplicável apenas ao controle de constitucionalidade *in abstracto*, pelo que careceria de base normativa a restrição de efeitos na via de controle concreta exercitável difusamente, ora se apegam à literalidade do art. 204, da CRP, a qual expressamente proscree aos tribunais lusitanos em geral a aplicação de normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

49. Outros autores, capitaneados por Rui Medeiros, advogam o cabimento da limitação de efeitos no âmbito da fiscalização de constitucionalidade *in concreto* exercitável tanto pela via difusa quanto pela via concentrada no Tribunal Constitucional.

50. Defende o autor referenciado que a teleologia que inspirou a positivação da regra inserta no nº 4 do artigo 282 da CRP é indiscutivelmente aplicável ao controle concreto de constitucionalidade, visto que, em ambas as vias fiscalizatórias, o que se pretende com a limitação de efeitos é a concretização da Lei Maior em sua unidade normativa.

51. Assim, sempre que o julgador constitucional se deparar com uma hipótese na qual a não-aplicação da norma julgada inconstitucional conduza a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles provenientes da sua aplicação, dever-se-ia considerar lícita a decisão restritiva de efeitos, sob pena de o órgão incumbido de controle simplesmente se furtar a emitir uma decisão positiva de inconstitucionalidade de um ato normativo flagrantemente contrário à Lei Maior.

52. Além de reclamar a interpretação teleológica da norma prevista no art. 282, nº 4, da CRP, entende Rui Medeiros que igualmente inexistem razões ponderosas específicas dos processos de controle concreto aptas a infirmarem sua conclusão no sentido da possibilidade de limitação de efeitos por quaisquer tribunais lusitanos.

53. Numa posição antípoda, Carlos Blanco de Moraes reputa inadmissível que se utilize da previsão contida no art. 282, nº 4, da CRP, na fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável pelos tribunais comuns ou até pelo Tribunal Constitucional.

54. Blanco perfilha, num plano lógico-sistemático, a tese segundo a qual a norma constante do art. 204, da CRP, se aplicaria a todos os tribunais lusitanos, vedando a limitação de efeitos em controle concreto de constitucionalidade. A situação se agravaria para os tribunais comuns, ante o fato de o art. 282, nº 4, da CRP, se reportar a uma competência do Tribunal Constitucional.

55. No plano do Direito comparado, em que pese reconheça que, por exemplo, no Brasil, seja admitida a limitação de efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas na via de fiscalização concreta pelo STF, entende inexistir um exemplo que consagre esta faculdade para órgãos jurisdicionais inferiores.

56. Também num plano teleológico, os princípios da isonomia, da segurança jurídica e do acesso dos cidadãos a uma tutela judicial efetiva impediriam a aceitação de uma interpretação extensiva ao controle concreto de constitucionalidade da norma prevista no art. 282, nº 4, da CRP.

57. Entendemos aplicável ao Direito brasileiro o cerne da doutrina advogada por Rui Medeiros em Portugal, no sentido de se admitir o cabimento da restrição dos efeitos tradicionalmente *ex tunc* oriundos das decisões positivas de inconstitucionalidade proferidas por quaisquer dos órgãos jurisdicionais responsáveis pelo exercício da fiscalização concreta de constitucionalidade sempre que o julgador verificar que não aplicar o ato normativo reputado contrário à Lei Maior agravaria o estado de inconstitucionalidade. Restringir a sanção da privação de eficácia pressupõe, pois, uma ponderação entre normas constitucionais.

58. A verificação proposta exigirá a consideração não apenas do plano da validade normativa, mas também e necessariamente do plano da eficácia dos atos jurídicos produzidos à luz do ato normativo que malferir a Constituição.

59. Assim, deverá o julgador constitucional considerar não somente as normas constitucionais as quais, uma vez violadas pelo ato normativo objeto do controle de constitucionalidade, recomendem que se aplique a sanção da privação de eficácia, como igualmente se existirem outras normas constitucionais (mormente o princípio da segurança jurídica) a recomendarem a manutenção dos efeitos produzidos sob o amparo do ato normativo objeto da fiscalização de constitucionalidade.

60. É da ponderação destes dois conjuntos normativos, que se poderá excepcionalmente restringir, no caso concreto, a regra da privação de eficácia, sempre que o conjunto normativo a tutelar a manutenção dos efeitos preponderar sobre aquele outro que recomende a não-aplicação da norma ao caso concreto.

61. A sanção da privação de eficácia no controle concreto de constitucionalidade deve ser concebida, pois, como uma regra geral, logicamente passível de ser excepcionalmente afastada, quando uma visão global da Constituição Federal, considerada em sua unidade normativa, assim o impuser.

62. O afastamento da sanção da privação de eficácia na esfera da fiscalização concreta de constitucionalidade exercitável difusamente por todos os juízes e tribunais se afigura como uma decorrência lógica do próprio sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

63. No exercício da fiscalização concreta de constitucionalidade, portanto, é despicienda a fundamentação da possibilidade de limitação de efeitos numa interpretação extensiva da norma emergente do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, não estando os órgãos jurisdicionais adstritos aos pressupostos materiais e procedimental estatuídos no mencionado preceito legal.

64. Em verdade, há décadas o Poder Judiciário brasileiro tem relativizado episodicamente a sanção da privação de eficácia, ancorando-se, no mais das vezes, em teorias que mediatamente podem ser reconduzidas ao princípio da segurança jurídica, valor constitucional que, tanto no Brasil quanto em Portugal, fundamentou a positivação da possibilidade de limitação da teoria da nulidade no controle abstrato de constitucionalidade. Bem se observa que o problema que se coloca no controle abstrato de constitucionalidade e que inspirou a criação das regras previstas no art. 282, nº 4, da CRP, e no art. 27, da Lei nº 9.868, de 1999, igualmente se põe na via fiscalizatória concreta.

65. A ponderação admitida para resolver este problema se insere, como vimos, no domínio pleno da jurisdição, devendo ser reconduzido à argumentação jurídica do ordenamento normativo constitucional.

66. No mais, não se colocam, no Brasil, os principais argumentos de ordem lógico-positiva levantados pela doutrina lusitana que inadmite a limitação de efeitos no controle *in concreto*, tendo em vista principalmente a inexistência de uma regra como a positivada no art. 204, da CRP.

67. Também não procede a afirmação de Carlos Blanco de Moraes, no sentido da inexistência de exemplos, no Direito comparado, a comportarem a limitação da regra da privação de eficácia por tribunais comuns. Este argumento não pode ser decisivo para se negar a limitação de efeitos em qualquer País, dada principalmente a variação do tema dos efeitos das decisões positivas de inconstitucionalidade em cada ordem jurídica. Ademais, tal competência tem sido admitida, ainda que implicitamente, há tempos na jurisprudência brasileira.

68. Não prosperam, ademais, os óbices de cunho teleológico levantados por Carlos Blanco de Moraes. No Brasil, o fato de o STF poder vir a se manifestar posteriormente acerca da restrição à regra da privação de eficácia decidida pelas instâncias ordinárias não implica a inutilidade das decisões tomadas neste sentido por estes órgãos julgadores. Além do que, no exemplo pátrio, o pronunciamento do STF sobre a matéria constitucional costuma demorar inúmeros anos, pelo que sempre haverá a possibilidade de o STF não vir a se manifestar sobre a questão constitucional.

69. Também não prospera a alegação de ofensa à isonomia. Além de ser inerente à fiscalização concreta-difusa o fato de, numa mesma situação, poderem os órgãos jurisdicionais decidirem de forma diversa, simplesmente vedar a limitação de efeitos no controle concreto também ensejaria, na prática, duas posturas contraditórias: enquanto juízes pragmáticos deixariam de reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo acoimado, aplicando este aos casos concretos, outros julgadores mais legalistas deixariam de aplicar os atos normativos inconstitucionais aos casos concretos. Poderá, ainda, o STF exercitar seu papel uniformizador da jurisprudência constitucional, eliminando eventuais entendimentos não-uniformes observados nas instâncias ordinárias.

70. A possibilidade de restrição da regra da privação de eficácia no controle concreto não viola a garantia de acesso à Justiça. Primeiro, porque esta garantia não impõe a procedência do pedido. Segundo, pois sequer se concebe deste argumento na fiscalização de constitucionalidade *in abstracto*. Terceiro, porquanto a limitação de efeitos no controle concreto é uma imposição de valores previstos na Constituição, não se podendo cogitar de uma impossibilidade de relativização daquela garantia num dado caso concreto frente a outros bens constitucionalmente tutelados. Por derradeiro, a limitação de efeitos no controle concreto já é admitida há inúmeras décadas, não havendo discussões relevantes acerca de eventual ofensa à garantia de acesso à Justiça.

71. Na tensão dialética existente entre a dimensão dinâmica da segurança jurídica (ligada principalmente à proteção da confiança), normalmente privilegiada com a limitação de efeitos no controle concreto, e sua dimensão estática (ligada à cognoscibilidade do Direito posto), usualmente abalada com decisões que excepcionam a regra da privação de eficácia, cumprirá ao julgador constitucional privilegiar a primeira dimensão proposta, a qual inegavelmente possui maior afinidade com a via fiscalizatória concreta e melhor contribuirá com o justo equacionamento da lide.

72. No mais, verifica-se, no Brasil, uma crescente posituação de instrumentos que possibilitam uma maior uniformização jurisprudencial, os quais podem servir à recomposição da cognoscibilidade do Direito, em tese abalada com o fato de se aceitarem limites à sanção da privação de eficácia por qualquer juiz ou tribunal na fiscalização concreta de constitucionalidade.

73. Em conclusão, acaso se avalie que o reconhecimento do poder para limitar os efeitos da lei inconstitucional a qualquer juiz ou tribunal venha a agravar o estado de contraveniência constitucional do ponto de vista sistêmico (v.g., através do malferimento da dimensão objetiva da segurança jurídica ou do estímulo a inconstitucionalidades úteis ao Poder Público), nada impede um repensar de nosso sistema fiscalizatório como, por exemplo, a instituição de um possível controle de constitucionalidade por elevação da causa, mecanismo pelo qual se permite aos demais órgãos jurisdicionais inferiores a submissão da alegação de inconstitucionalidade diretamente ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, mediante a instauração de um incidente de inconstitucionalidade.

74. Entende-se, assim, que a análise das doutrinas brasileira e lusitana não revela a existência de quaisquer óbices insuperáveis à excepcional restrição da regra da privação de eficácia na conformação hodierna da fiscalização concreta de constitucionalidade a ser realizada por qualquer juiz ou Tribunal no Brasil.

75. Em que pese não estar entre os objetivos da pesquisa vertente esgotar a complexa temática do cabimento da limitação de efeitos no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, almeja-se, ao menos, que o diálogo travado com a doutrina portuguesa destacada nesta pesquisa possa contribuir minimamente para um início de aprofundamento deste importante tema, que tem se inserido na ordem do dia da pauta de nossa Excelsa Corte.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luis Nunes de. Tribunal Constitucional de Portugal: a justiça constitucional no quadro das funções do Estado. In: **VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Lisboa: Tribunal Constitucional, p. 109-146 pt. 3, 1987.

AMARAL, Maria Lúcia. As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa. In: **Congresso luso-italiano de direito constitucional**, 2009, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: http://www.google.com.br/search?hl=ptR&source=hp&q=as+decis%C3%B5es+interm%C3%A9dias+na+jurisprud%C3%Aancia+constitucional+portuguesa&aq=f&aqi=&aql=&oq=&rlz=1R2ADFA_pt-BRBR373. Acesso em: 23 fev. 2014.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ARAÚJO, António de; BRITO, Luís Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias. Relatório português. In: **XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus**. Bruxelas, Maio de 2002. Disponível em: <<http://www.confeconstco.org/reports/rep-xii/Portugal-PT.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 1995.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARBOSA, Ruy. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas, Russell Editores, 2004.

_____. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. Vol. I. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Luís Roberto Barroso. **Revista de Direito do Estado**: RDE, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. **Revista de Processo**, v. 36, n. 198, p. 389-401, ago. 2011.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Anais**: atas das 153a à 161a Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, v. 09, 02 set./28 out. 1987.

_____. _____. **Diário**: atas da Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, a. 02, nº 218, p. 200-205, abr. 1988.

BRASIL. **Código Tributário Nacional (CTN)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2014.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: 9 jun. 2013.

_____. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/10221.htm>. Acesso em: 10 fev. 2014.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 8 jun. 2013.

_____. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 8 jun. 2013.

_____. Poder Executivo. **Mensagem nº 396**. Exposição de Motivos nº 189, de 7/4/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da ACO nº 79**. Plenário. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe de 28.05.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2073053>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 513**. Plenário. Rel. Min. Célio Borja. DJ de 30.10.1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266395>>. Acesso em: 2 set. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 652**. Plenário, Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 02.04.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>>. Acesso em: 6 set. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 875**. Plenário. Rel. Gilmar Mendes. DJe de 30.04.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>>. Acesso em: 2 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 1.102**. Plenário. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 17.11.1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>

[paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266657](#)>. Acesso em: 2 set. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 3.601 ED**. Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli. DJe de 15.12.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617937>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 3.685**. Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ de 10.08.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 4.029**. Plenário, Rel. Min. Luiz Fux. DJe de 27.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da ADI 4.307-MCREF**. Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe de 05.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4597944>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da Pet. 2.900-3 QO**. Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 01.08.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do HC 82.959**. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 01.09.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do MS 22.315**. Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe de 16.05.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2008237>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do MS 24.268**. Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 17.04.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do MS 24.448**. Plenário, Rel. Min. Ayres Britto. DJ de 14.11.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494628>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no julgamento do RE 68.419**.

Plenário. Rel. Min. Luiz Gallotti. DJ de 15.05.1970. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=164470>>. Acesso em: 3 set. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do RE 78.209**. Primeira Turma. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. DJ de 9.10.1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173630>>. Acesso em: 2 set. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do RE 78.549**. Primeira Turma. Rel. Min. Bilac Pinto. DJ de 30.10.1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=173998>>. Acesso em: 2 set. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do RE 79.343**. Segunda Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, DJ de 2.9.1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=174730>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do RE 105.789**. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Madeira. DJ de 9.5.1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=197575>>. Acesso em: 2 set. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do RE 122.202**. Segunda Turma. Rel. Min. Francisco Resek. DJ de 8.4.1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207468>>. Acesso em: 2 set. 2013.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do RE 197.917**. Plenário. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 7.5.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do RE 477.554-AgR**. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 26.8.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento do RE 566.621**. Plenário. Rel. Min. Ellen Gracie. DJe de 11.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628479>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão proferido no julgamento da Representação nº 971**. Plenário, Rel. Min. Djaci Falcão. DJ de 07.11.1978. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263746>>. Acesso em: 5 set. 2013.

na **Reclamação 6.917**, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe de 16.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%286917.NUM.E.+OU+6917.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nh5r4uo>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. _____. **Decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na Reclamação 11.476**, Rel. Min. Luiz Fux. DJe de 11.11.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2811476.NUM.E.+OU+11476.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/agk2p5h>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. _____. **Decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na Reclamação 15.602**, Rel. Min. Rosa Weber. DJe de 14.08.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2815602.NUM.E.+OU+15602.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q92e3by>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. _____. **Decisão monocrática proferida na Reclamação 15.601**, Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 20.03.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2815601.NUM.E.+OU+15601.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nev726f>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. _____. **Informativo nº 476 do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282154.PROC.%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/n5e6hu3>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

_____. _____. **Informativo nº 739 do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

_____. _____. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUZOID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**, vol. I. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed.

Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COSTA, Judith Martins. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out.-dez. 2004.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ESPAÑA. **Constituição espanhola**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=9&tipo=2>>. Acesso em: 6 fev. 2014.

EUA. Supreme Court of the United States. **Chicot County Drainage Dist versus Baxter State Bank** (308 U.S. 371). Disponível em: <<http://openjurist.org/308/us/371/chicot-county-drainage-dist-v-baxter-state-bank>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

_____. **Marbury versus Madison**. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em: 25 dez. 2013.

_____. **Norton v. Shelby County**, 118 U.S. 425 (1886). Disponível em: <<http://supreme.vlex.com/vid/norton-v-shelby-county-20064265>>. Acesso em: 10 set. 2013.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes**. Salvador: JusPODIVM, 2009.
FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**.

3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, nº 220, p. 1-17, 2000.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 170, p. 18-40, out/dez 1987.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica**: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. 2013. 253 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Modulação dos efeitos das decisões ações de índole subjetiva no Supremo Tribunal Federal. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araujo; ROSA, André Vicente Pires (Coord.). **Direito constitucional** – os desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Christina Aires Corrêa. **O princípio da nulidade das leis inconstitucionais**. 2000. 205 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília.

MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da Esmape**, vol. 6, nº 13, jan./jun. 2001, p. 291-309.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos prospectivos de decisões definitivas da Suprema Corte em matéria tributária. In: CHIESA, Clélio; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Processo judicial tributário**. São Paulo, MP Editora, 2006.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Marcos Bernardes de. A Lei Complementar sob a perspectiva da validade. In: BORGES, José Souto Maior. (Coord.). **Direito tributário moderno**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **As vertentes do Direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II, 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade. Tomo I, 2. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **O novo processo constitucional brasileiro**. Brasília, 2013. No prelo.

_____. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

_____. **Constituição de 21 de agosto de 1911**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 out 2013.

_____. **Lei nº 28, de 15 de novembro de 1982** (Lei do Tribunal Constitucional). Disponível

em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao/0101.html>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 12/83**. 2ª Secção. Rel. Cons. Messias Bento. J. 25.10.1983. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19830012.html>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 61/2004**. Plenário. Rel. Mário Torres. J. 27.01.2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040061.html>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 189/90**. 1ª Secção. Rel. Cons. Monteiro Diniz. J. 07.06.1990. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900189.html>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 250/86**. 2ª Secção. Rel. Cons. Messias Bento. J. 23.07.1986. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860250.html>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 308/93**. Plenário. Rel. Cons. Sousa Brito. J. 20.04.1993. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930308.html>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 31/84**. Plenário. Rel. Cons. Monteiro Diniz. J. 27.03.1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840031.html>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 314/95**. 2ª Secção. Rel. Cons. Bravo Serra. J. 20.06.1995. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950314.html>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

_____. _____. **Acórdão nº 394/93**. Plenário. Rel. Cons. Vitor Nunes de Almeida. J. 16.06.1993. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930394.html>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

_____. _____. **Acórdão nº 490/89**. 1ª Secção. Rel. Cons. Martins da Fonseca. J. 13.07.1989. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890490.html>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo:

Saraiva, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema dos Estados Unidos e o Controle da Constitucionalidade das Leis. **Revista Forense**, vol. 165, mai/jun. 1956.

SALET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SICHES, Luís Recasens. **Vida humana, sociedad y derecho**. México: Fondo de Cultura Economica, 1939.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei no 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul.-set. 2004.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46-63, out.-dez. 1987.

SILVA, Jamily de Jesus. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil: segurança jurídica e legitimidade democrática das decisões judiciais no Estado Constitucional de Direito**. 2013. 171 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB –, Brasília.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e nº 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868 de 1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos Ferreira de. A decisão de inconstitucionalidade: um diálogo entre Pontes de Miranda e Marcelo Neves. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA, Roberto (Coord.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público**. São Paulo: LTr, 1985.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista Autônoma de Direito Privado**, n. 2, p. 199-230, jan./mar. 2007.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TRIBE, Laurence H. **American constitucional law**. 3. ed. New York: New York Foudation Press, 2000.

USTÁRROZ, Elisa. A fiscalização de constitucionalidade em Portugal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2346>. Acesso em: 22 fev. 2014.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey

Editora, 1997.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1997. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

VIANNA, Ataliba Pereira. **A constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: [sn], 1947.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.