



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rodrigo de Almeida Távora

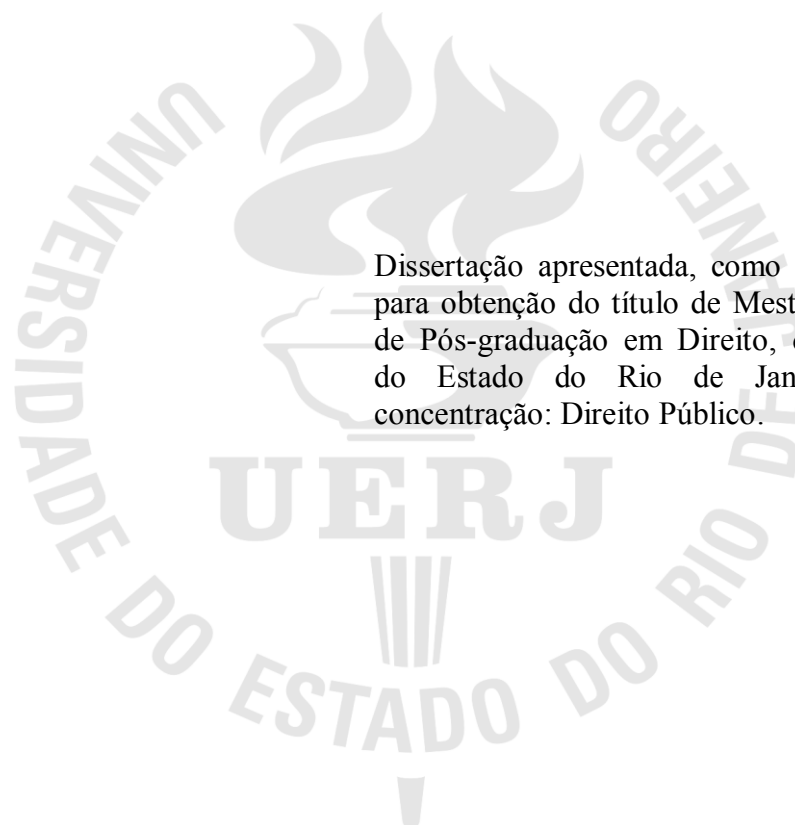
Modulação temporal de efeitos: uma abordagem dogmática e dialógica

Rio de Janeiro

2012

Rodrigo de Almeida Távora

Modulação temporal de efeitos: uma abordagem dogmática e dialógica



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador (a) (es): Prof.^a Dr.^a. Ana Paula de Barcellos

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

T683m Távora, Rodrigo de Almeida
Modulação temporal de efeitos: uma abordagem dogmática e dialógica /
Rodrigo de Almeida Távora. – 2012.
313 f.

Orientador: Prof^a Dr^a. Ana Paula de Barcellos
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Direito público - Teses. 2.Controle da constitucionalidade- Teses.
3.Direito constitucional – Teses. I. Barcellos, Ana Paula de. II. Universidade
do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rodrigo de Almeida Távora

Modulação temporal de efeitos: uma abordagem dogmática e dialógica

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 24 de setembro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a. Ana Paula de Barcellos (Orientadora)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Rodrigo Brandão

Faculdade de Direito da UFRJ

Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite

Faculdade de Direito da PUC-Rio

Rio de Janeiro

2012

AGRADECIMENTOS

Mais um sonho se concretiza. E o momento é de agradecer.

E o primeiro agradecimento é para a Faculdade de Direito da UERJ. Já na graduação, a admiração pelo brilho intelectual de seus professores despertou-me o interesse pela vida acadêmica e pelo magistério, sendo também determinante em algumas escolhas profissionais, como o ingresso na Procuradoria Geral do Estado, instituição que tenho muito orgulho de integrar. O mestrado em Direito Público que agora se encerra, ao abrir novos horizontes em minhas pesquisas sobre o Direito Constitucional, reforçou ainda mais esse sentimento de admiração e de imensa gratidão.

Agradeço aos professores Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos, Carlos Roberto Siqueira Castro, Jane Reis, Patrícia Ferreira Baptista, José Ricardo Cunha e Ángel Oquendo pelo privilégio do convívio em sala de aula e pela criação de um espaço aberto ao debate de ideias.

À Professora Ana Paula de Barcellos, em especial, agradeço pelo comprometimento acadêmico, dedicação e disponibilidade. Por todos os conselhos, sugestões e observações, bem como pela revisão aprofundada e minuciosa da dissertação. A sua orientação em muito cresceu ao trabalho, pelo que lhe sou grato. Agradeço também ao Rodrigo Brandão e ao Fábio Leite por aceitarem prontamente o convite para integrar a banca responsável pela análise de minha defesa.

Aos colegas Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Carlos Eduardo Frazão, Carolina Barros Fidalgo, Fernando Fróes Oliveira, Inês Ferreira Dias Tavares, João Paulo de Aguiar Santos e Marcelo Novelino, agradeço por propiciarem um ambiente acolhedor, de enorme generosidade e estímulo intelectual. Ao João Paulo, em particular, agradeço pela permanente e valiosa interlocução.

Agradeço aos servidores do programa de pós-graduação, destacadamente à Sônia, por sua competência e permanente preocupação com os alunos.

Aos servidores da biblioteca da Procuradoria Geral do Estado, agradeço pela estimada ajuda no trabalho de pesquisa para a dissertação.

Sou grato aos amigos Francisco Domingues Lopes e Bruno Mendes Lopes por poder desfrutar tão harmoniosa convivência em nosso escritório. Sem essa harmonia, a dissertação não seria possível. À Jane Lisboa, agradeço pela ajuda prestimosa de sempre.

Ao amigo Aloysio Neves, agradeço pela confiança e incentivo permanente.

Ao amigo Renato Ayres, agradeço pela cuidadosa leitura do trabalho e indispensáveis sugestões.

Aos meus pais Sonia e José, agradeço pelo exemplo e intenso carinho. Cláudia, Gustavo e eu somos privilegiados.

Agradeço à vó Fina pela vivacidade e a força de sempre.

Aos meus filhos Bernardo e Valentina, agradeço simplesmente por existirem. Bê e Valen são a minha principal fonte de inspiração e de alegria. Espero que um dia possam ter orgulho desse pai que é louco pelos dois. Amo muito vocês!

Resta-me, por fim, dizer que Aline, minha mulher, está presente em cada palavra desse trabalho, assim como em todos os momentos da minha vida. Sua inteligência, ternura e intensa felicidade preenchem o meu caminho há dezenove anos e me fazem compreender plenamente por que não conheço nenhuma outra razão para amar senão amar. Muito obrigado por tudo.

The life of the law has not been logic: it has been experience.

Oliver Wendell Holmes Jr.

RESUMO

TÁVORA, Rodrigo de Almeida. *Modulação temporal de efeitos: uma abordagem dogmática e dialógica*. 2012. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente dissertação objetiva ampliar o tratamento dogmático da modulação temporal dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de atos normativos. Busca-se também abordar a perspectiva prospectiva no controle de legalidade e na aferição de juridicidade dos demais atos – não normativos – praticados no âmbito dos três poderes. Além de abordar os pressupostos teóricos subjacentes à abordagem prospectiva, foram analisados os sistemas de controle de constitucionalidade e os distintos regimes conferidos às situações de invalidade. Promove-se a releitura do tema de forma a reconduzir a modulação dos efeitos temporais à ponderação entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende declarar inválida e os que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da norma declarada inválida. Discorre-se particularmente sobre o tema no Brasil, evidenciando-se que a perspectiva prospectiva não se circunscreve apenas ao regramento formal estabelecido pelas normas infraconstitucionais. Por fim, apresenta-se a modulação de efeitos como uma ferramenta valiosa de diálogo institucional, que pode permitir a conciliação dos espaços próprios dos poderes constituídos, temperando um eventual ativismo judicial. Evidencia-se que a modulação temporal de efeitos funciona como ponte entre as teorias empíricas e normativas. Vale-se de abordagens consequencialistas e institucionais sem se descuidar da preocupação normativa e dogmática. Permite concomitantemente o debate mais intenso e o diálogo entre os poderes, tudo com o objetivo de se assegurar a concretização dos preceitos constitucionais de uma forma mais harmônica e sistemática.

Palavras-chave: Direito público. Modulação temporal de efeitos. Controle da constitucionalidade. Direito constitucional. Invalidação de atos ilegais. Interpretação consequencialista. Ativismo judicial. Diálogo institucional.

ABSTRACT

This essay intends to enlarge the dogmatic approach concerning to the prospective effect of the decision which recognizes the unconstitutionality of the normative acts. The essay also addresses the prospectivity doctrine to the legality control and other acts - not regulatory - performed by the three branches. Besides addressing the theoretical assumptions underlying the prospective approach, it analyzes the judicial review system and the different schemes given to invalidity situations. It allows a new investigation about the theme in order to conduct the prospective effect to the balance between the constitutional principles violated by the rule that it wants to declare invalid and the principles which protect the legal relationships formed during the term of the rule declared invalid. The essay also addresses the subject in Brazil, showing that the prospective approach is not limited only by the standards formally established in law. Finally, the essay presents the prospective effect as a valuable tool for institutional dialogue, which may allow the reconciliation of the branches own spaces, tempering any judicial activism. The prospective effect works as a bridge between the empirical and normative theories. It takes into account consequentialist and institutional approaches without neglecting the normative and dogmatic concerns. At the same time, it allows the most intense debate and dialogue among the branches, ensuring the constitutional provisions in a more harmonious and systematic way.

Keywords: Public law. Prospective effect of judicial decisions. Judicial review. Invalidation of illegal acts. Consequentialist interpretation. Judicial activism. Institutional dialogue.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	PREMISSAS TEÓRICAS SUBJACENTES À MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS	13
1.1	O dinamismo das sociedades contemporâneas e a modulação temporal de efeitos	13
1.2	O modelo dogmático do pós-positivismo e a constitucionalização do direito	15
1.3	Interdependência entre fato e norma	18
1.4	Unidade da Constituição e efetividade das normas constitucionais	22
1.5	Estado de Direito Constitucional e a flexibilização do princípio da legalidade.....	26
1.6	Consequencialismo.....	31
1.7	Interpretação consequencialista	38
1.8	Síntese das ideias desenvolvidas no capítulo	46
2	CONTEXTUALIZAÇÃO DA MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E NA INVALIDAÇÃO DE ATOS ILEGAIS.....	49
2.1	Controle de constitucionalidade e efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade	49
2.2	Teoria da nulidade do ato inconstitucional.....	53
2.3	Teoria da anulabilidade do ato inconstitucional.....	56
2.4	Disciplina normativa da modulação temporal de efeitos.....	63
2.5	A perspectiva prospectiva na invalidação de atos ilegais	65
2.6	Síntese das ideias desenvolvidas no capítulo	69
3	A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO BRASIL	71
3.1	A modulação temporal de efeitos como hipótese de ponderação	71
3.2	Legislação infraconstitucional e dogmática constitucional	77
3.3	Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.....	83
3.4	Excepcional interesse social.....	87
3.5	Crítérios balizadores da modulação temporal de efeitos.....	92
3.6	Modulação no âmbito judicial.....	96
3.6.1	<u>Modulação no controle abstrato de constitucionalidade.....</u>	102

3.6.2	<u>Modulação no controle concreto de constitucionalidade</u>	109
3.6.3	<u>Aspectos processuais específicos</u>	144
3.7	Modulação no âmbito administrativo	117
3.8	Modulação no âmbito legislativo	123
3.9	Síntese das ideias desenvolvidas no capítulo	127
4	MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS COMO FERRAMENTA DE DIÁLOGO	129
4.1	Ativismo judicial	129
4.2	A abordagem institucional	134
4.3	O diálogo institucional	126
4.4	Modulação como ferramenta de diálogo institucional	144
4.5	Modulação como ferramenta de diálogo institucional – 2ª parte – Poderes Executivo e Legislativo	158
4.6	Síntese das ideias desenvolvidas no capítulo	166
5	CONCLUSÃO	168
	REFERÊNCIAS	175

INTRODUÇÃO

A dissertação terá por objeto central o tema da modulação temporal dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de atos normativos, abordando-se também a perspectiva prospectiva no controle de legalidade e na aferição de juridicidade dos demais atos – não normativos – praticados no âmbito dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Busca-se acrescentar novas contribuições às formulações doutrinárias já existentes com a ampliação do tratamento dogmático da matéria e o desenvolvimento de uma metodologia que permita maior racionalização e legitimação do processo de concretização das normas jurídicas. Para isso, serão analisadas no primeiro capítulo as premissas conceituais em que se baseia o trabalho, bem como os pressupostos teóricos subjacentes à abordagem prospectiva.

O trabalho se desenvolverá sob o paradigma do pós-positivismo, que, ao reconhecer a perda de centralidade da referência racional-iluminista de lei e o alargamento da discricionariedade na interpretação jurídica, impõe novas premissas que deverão ser observadas pelo intérprete no processo de concretização das normas jurídicas, notadamente as normas constitucionais. Ultrapassada uma concepção meramente dedutiva ou subsuntiva do Direito ao caso concreto, a sua aplicação envolve, cada vez mais, a efetiva participação dos Poderes Executivo e Judiciário na sua concretização.

Dentre tais premissas hermenêuticas, destacam-se a interdependência entre fato e norma, e a constatação de que a unidade e a racionalidade do sistema jurídico devem ser buscadas nos textos constitucionais. A unidade da Constituição como padrão hermenêutico exige que sejam tomados em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos, impondo-se a releitura de toda a legislação à luz da Constituição.

O tradicional modelo de uma legalidade fechada e rígida - que pressupõe apenas a aplicação mecânica ou puramente subsuntiva das soluções contidas em normas legais - encontra-se hoje ultrapassado. Observa-se, em seu lugar, um processo de progressiva indeterminação e abertura da normatividade. Os intérpretes – e os agentes políticos em particular – passam a ocupar um papel de destaque na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares, distanciando-se de um papel necessariamente vinculativo.

Essas premissas hermenêuticas estão intimamente relacionadas com a perspectiva prospectiva que delas se alimenta para se justificar e legitimar. Relacionada ainda a essa perspectiva se apresenta a abordagem consequencialista cujas premissas centrais serão abordadas a fim de se reconhecer que o aplicador do Direito também deve tomar em consideração as consequências advindas do processo decisório.

No segundo capítulo, será realizada a contextualização da abordagem prospectiva no controle de constitucionalidade, fazendo-se uma necessária análise dos modelos concentrado e difuso-incidental, onde serão contrapostos os distintos regimes de sanção ao vício de invalidade (nulidade x anulabilidade), evidenciando-se a evolução do tema nos sistemas normativos e na jurisprudência de distintos países, dentre eles o Brasil, que receberá tratamento específico no terceiro capítulo.

No terceiro capítulo, serão detalhados os pressupostos normativos da perspectiva prospectiva no Brasil. Serão igualmente abordados temas correlatos à dinâmica do fenômeno da modulação nem sempre captados pela doutrina de forma sistemática, buscando-se, mais uma vez, dar um tratamento dogmático ao tema.

Particularmente no controle de constitucionalidade, sustenta-se que a modulação temporal de efeitos deve ser reconduzida à ponderação, não propriamente à ponderação entre o intitulado princípio da nulidade da lei inconstitucional e os demais princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da lei declarada inconstitucional, e sim entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende declarar inconstitucional e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da lei declarada inconstitucional, notadamente os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, consistindo a nulidade dos atos inconstitucionais em um postulado normativo e não propriamente em um princípio normativo de aplicação direta.

Ainda no terceiro capítulo, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, assim como o interesse social, mereceram tratamento apartado dada a sua inquestionável relevância para a aplicação da modulação temporal de efeitos. Discorre-se também sobre a dimensão do fator tempo e o grau de irreversibilidade das circunstâncias fáticas, qualificando-os como critérios complementares que deverão ser analisados no caso concreto de forma a auxiliar o processo de tomada de decisão. A seguir, busca-se fazer uma ampla investigação do tema no âmbito do Judiciário, do Executivo e do Legislativo, reconhecendo-se, ao final, que a lógica prospectiva integra indistintamente o campo de investigação de todos os poderes.

No quarto e último capítulo, apresenta-se a modulação de efeitos como uma ferramenta valiosa de diálogo institucional, que pode permitir a conciliação dos espaços próprios dos poderes constituídos. Antes, porém, serão investigadas as premissas conceituais básicas do ativismo judicial e do diálogo institucional.

Com esperança de contribuir para o desenvolvimento desse anseio de melhor sistematização do tema relacionado à modulação, propõe-se, em síntese, que a dissertação seja

apresentada em quatro capítulos, acrescidos de uma introdução e de uma conclusão, tal como explicitado no sumário.

1 PREMISSAS TEÓRICAS SUBJACENTES À MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS

1.1 O dinamismo das sociedades contemporâneas e a modulação temporal de efeitos

Um dos traços característicos da pós-modernidade é o crescente dinamismo das sociedades contemporâneas, marcadas pela inconstância e pela mobilidade. As condições sobre as quais agem os membros de uma sociedade mudam em um tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir¹.

Velocidade é o que importa. Esse constante anseio por mudanças, no entanto, provoca não raras vezes profundas frustrações nos indivíduos, dada a fluidez e revogabilidade de tudo aquilo em que se engajam.

Nesse contexto, há um crescimento demasiado da complexidade estatal² e as instituições que a integram já não mais são capazes de assegurar a estrutura de uma civilização concentrada estritamente na ordem e na segurança³.

Sob o ponto de vista normativo, observa-se, na feliz acepção de Luigi Ferrajoli, o colapso da capacidade reguladora da lei⁴. O crescente dinamismo das relações econômicas e sociais, associado ao aumento significativo do grau de complexidade das matérias que demandam a pronta ordenação do Estado, não mais encontra resposta satisfatória no processo legislativo formal⁵.

O produto final do processo legislativo é, com frequência, resultado de uma açodada tramitação que objetiva atender a uma pauta de reivindicações marcadas em grande parte pelo

¹ Zygmunt Bauman qualifica essa sociedade de “líquido-moderna”. “Numa sociedade líquido-moderna, as realizações individuais não podem solidificar-se em posses permanentes porque, em um piscar de olhos, os ativos se transformam em passivos, e as capacidades, em incapacidades. As condições de ação e as estratégias de reação envelhecem rapidamente e se tornam obsoletas antes de os atores terem uma chance de aprendê-las efetivamente.” BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

² No final da década de 70 do século passado, Manuel García-Pelayo já havia conseguido enumerar dentre as causas de incremento da complexidade estatal as seguintes: i) a ampliação da atividade do Estado, exigida pela civilização industrial e pós-industrial, ii) a complexidade da sociedade de nosso tempo ou, em termos mais gerais, o ambiente em que se move o sistema estatal, e, iii) a interação entre ambos. PELAYO, Manuel García. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1977, p.166.

³ Zygmunt Bauman afirma que, dentre a multiplicidade de tarefas impossíveis que a modernidade se atribuiu e que fizeram dela o que é, sobressai a da ordem (mais precisamente e de forma mais importante, a da *ordem como tarefa*) como a menos possível das impossíveis e a menos disponível das indispensáveis – com efeito, como o arquétipo de todas as outras tarefas, uma tarefa que torna todas as demais meras metáforas de si mesmas. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

⁵ Ulrich Beck assinala que: “Na globalidade da contaminação e nas cadeias mundiais de alimentos e produtos, as ameaças à vida na cultura industrial passam por *metamorfoses sociais do perigo*: regras da vida cotidiana são viradas de cabeça para baixo. Mercados colapsam. Prevalece a carência em meio à abundância. Causais de demandas são desencadeados. Sistemas jurídicos não dão conta das situações de fato. (...) Edifícios de racionalidade científica ruem.” BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p.10.

imediatismo e por interesses segmentados, mesmo que ao custo de violação de inúmeros preceitos constitucionais.

Dada a imperfeição desse processo, cujas características foram aqui abreviadas, ocorre reiteradamente a provocação do Poder Judiciário a fim de que, no âmbito específico e restrito de ações judiciais, sejam reconhecidos os vícios de inconstitucionalidade em que eventualmente incorram as proposições normativas.

A análise do controle de constitucionalidade que é levado a cabo no âmbito das ações diretas revela de forma muito particular esse fenômeno. Observa-se, em inúmeros casos, a verdadeira transposição do debate público da esfera legislativa para o campo jurisdicional, transposição essa motivada, em grande medida, pelo citado açodamento do processo legislativo formal.

Mesmo nos casos em que houve amplo debate público no seio do Poder Legislativo, não é incomum que grupos vencidos, ou seja, aqueles que não conseguiram concretizar seus interesses no âmbito do processo legislativo, advindo, ao revés, proposições normativas que lhes são desfavoráveis, se utilizem de ações diretas com o objetivo de reverter esse quadro.

O processo judicial, por sua vez, apresenta significativas limitações. A sua natureza é completamente distinta do procedimento parlamentar, não permitindo, por questões formais que lhe são inerentes, a ampla participação de todos os interessados na questão submetida à apreciação judicial. Com isso, não se observa no processo judicial, como regra, a mesma intensidade do debate que é levado a efeito no âmbito do processo parlamentar⁶.

Apresenta, de igual sorte, diversas dificuldades operacionais que poderão agravar ainda mais as consequências provocadas por estas precárias proposições normativas⁷. Tais dificuldades decorrem, dentre outros fatores, dos próprios limites institucionais do Poder Judiciário, causando frequentemente a demora na prestação jurisdicional. A pronúncia do Poder Judiciário sobre a validade dos atos normativos se dá, como regra, apenas muito tempo após a edição de tais atos, o que pode ensejar um ambiente de indesejada insegurança.

Por outro lado, dada a presunção de legitimidade dos atos estatais e, em particular, a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, inúmeras relações jurídicas são

⁶ Sobre esse aspecto específico do processo judicial, afirma Dieter Grimm: “Em contraste com os procedimentos parlamentares, eles não alcançam, não precisam e talvez não devem alcançar um grau semelhante de transparência ou oferecer iguais chances de participação. A estrutura judicial torna impossível de se revelar completamente e exaustivamente a discussão sobre pontos que subjazem à controvérsia política ou social. O procedimento formalizado deixa pouco ou nenhum espaço para terceiros não envolvidos no conflito manifestarem sua visão ou introduzir seu interesse.” GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia. Revista de Direito do Estado*, n. 4, p.3-22, 2006.

⁷ Podem ser citados alguns exemplos de dificuldades operacionais, destacadamente a morosidade decorrente da observância da complexa disciplina processual que rege a prática dos atos judiciais, a falta de expertise dos juízes para a apreciação de matérias altamente especializadas e os riscos sistêmicos que podem advir de decisões judiciais. Isso sem aqui mencionar a dificuldade contramajoritária que lhe é correlata e a infundável controvérsia sobre a própria legitimidade do Poder Judiciário.

prontamente estabelecidas por indivíduos de boa-fé com base nas novas disposições normativas, notadamente em um contexto social cada vez mais dinâmico.

Com o objetivo de preservar valores constitucionais que são caros ao Estado de Direito, o Poder Judiciário não deve se revelar insensível a tais circunstâncias ao proclamar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos, devendo, ao revés, preservar a validade de relações jurídicas e atos estabelecidos de boa-fé.

Nesse esteio, há na legislação infraconstitucional brasileira dispositivos específicos que permitem aos integrantes do Poder Judiciário dar um tratamento diferenciado a tais situações através da modulação temporal dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. São eles o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e o art.11 da Lei n.º 9.882/99⁸.

A proposta dessa dissertação é sugerir a compreensão da modulação temporal de efeitos como um valioso instrumento decisório que permite um adequado equilíbrio sistêmico das normas constitucionais, permitindo, de igual sorte, o fomento do diálogo entre as instituições estatais, de forma a possibilitar o convívio mais equilibrado entre política e direito na jurisdição constitucional, bem como assegurar, na maior medida possível, a efetividade dos preceitos constitucionais⁹.

Nessa perspectiva, o fenômeno constitucional será concebido de forma menos idealizada sob o ponto de vista puramente dogmático, evidenciando-se as indispensáveis conexões entre os elementos existentes no texto normativo e aqueles extraídos da realidade social¹⁰. Valoriza-se, com isso, a natureza normativa da Constituição sem desprezar o campo fático por ela disciplinado.

1.2 O modelo dogmático do pós-positivismo e a constitucionalização do direito

Nos sistemas de tradição romano-germânica consagrou-se ao longo do processo histórico a primazia da lei como fonte primária no estabelecimento de obrigações e na

⁸ Art. 27 da Lei n.º 9.868/99: 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. Idêntica é a redação do art.11 da Lei n.º 9.882/99, cujo preceito direciona-se ao julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Posteriormente, foi editada a Lei n.º 11.417/06, que disciplina a edição de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Em seu art.4º, há preceito possibilitando a modulação dos efeitos do enunciado de súmula vinculante editado pelo Supremo Tribunal Federal. Correlatos ao tema também são os seguintes dispositivos normativos: art. 11, § 1º da Lei n.º 9868 e art.108, § 2º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁹ Sobre efetividade das normas constitucionais, vide BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁰ Ulrich Bek assinala que racionalidade científica e racionalidade social se distanciam uma da outra, mas ao mesmo tempo seguem interpoladas e referidas de múltiplas maneiras uma na outra. (...) racionalidade científica sem racionalidade social fica vazia, racionalidade social sem racionalidade científica, cega. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

disciplina dos atos jurídicos em geral¹¹. Essa primazia, contudo, já não mais desfruta dos mesmos contornos outrora existentes. O cenário pós-positivista impõe novos paradigmas que reduzem a centralidade da lei formal. É o que se passa a demonstrar.

As contribuições teóricas de Rousseau¹² e Sieyès¹³ foram determinantes para a construção do que se entende por primado da lei, o primeiro ao conceber que a soberania se traduz essencialmente na vontade geral, e o segundo ao identificar no Poder Legislativo a fonte dessa vontade geral.

Com os aportes teóricos posteriores, destacadamente de Kant, desenvolveu-se o conceito de lei como expressão não só da vontade geral, manifestada pelos representantes eleitos, mas da própria razão humana, consagrando-se a lei como única fonte racional de obrigações.

Consolidou-se com tais premissas teóricas um cenário de irrestrita primazia da lei e de preponderância do Poder Legislativo¹⁴. Esse cenário, no entanto, torna-se bem mais complexo com o advento do Estado Social e a necessidade de novas intervenções estatais. A crescente configuração do Estado como agente regulamentador começa a revelar a incapacidade da lei formal para a disciplina de múltiplas situações jurídicas, deixando ela paulatinamente de dar respostas satisfatórias às exigências de novas intervenções estatais¹⁵. É o início do processo de perda de prestígio da lei formal.

O *Welfare State* amplia demasiadamente o espectro de atuação estatal. Há não só o crescimento expressivo dos serviços que passam a ser prestados diretamente pela Administração Pública, como também o Estado começa a intervir na disciplina de inúmeras relações econômicas e sociais que não se encontravam anteriormente por ele disciplinadas.

¹¹ Nos sistemas de *common law*, em contraposição, a jurisprudência constitui a principal fonte de Direito, embora exista uma crescente aproximação entre as duas grandes famílias do direito ocidental, prestigiando-se cada vez mais os precedentes nos sistemas romano-germânicos e os atos normativos nos sistemas de *common law*.

¹² ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

¹³ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 4. ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁴ George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite apontam com propriedade que “a limitação da força normativa da Constituição, a crença de que o Parlamento representava a ‘vontade geral’ e a busca por uma maior limitação dos poderes dos juízes formaram o ambiente para a consagração do primado da lei e dos códigos e, conseqüentemente, de sua idolatria”. George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A jurisdição constitucional no Estado de direito legalitário e no Estado constitucional. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.331-332.

¹⁵ Nesse sentido Gustavo Tepedino: “Esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil brasileiro de 1916, entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes no século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia”. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, 2006, p.39.

Esse novo cenário leva o processo legislativo formal à exaustão, revelando ser ele incapaz de atender satisfatoriamente todas as novas demandas de regulamentação¹⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, esse fenômeno foi bem sintetizado por Gustavo Tepedino que aponta três fases distintas em seu processo evolutivo: a primeira com o advento da legislação de emergência, a segunda com o surgimento das leis especiais, e a terceira fase, denominada “era dos estatutos”. Muito embora a legislação de emergência não tenha abalado os alicerces da primazia da lei formal - preeminência da codificação na hipótese - , as leis especiais e os estatutos já iniciam um processo de degradação dessa primazia ao subtrair dos códigos a disciplina de determinados segmentos¹⁷.

A unidade e a coerência do sistema normativo não conseguem mais ser alcançadas com os códigos, havendo uma fragmentação da disciplina normativa. Por outro lado, a legislação casuística e fragmentária deixa de representar a vontade geral, manifestada pelos representantes eleitos no Poder Legislativo, para agora tutelar grupos específicos que são por ela alcançados¹⁸. Como assevera Luigi Ferrajoli, o colapso da capacidade reguladora da lei por um lado e, por outro, a perda de unidade e coerência, culminam na denominada *crise da lei*¹⁹.

Paralelamente, os textos constitucionais passam a disciplinar, paulatinamente, temas antes reservados exclusivamente às leis. Matérias típicas do direito privado passam a integrar uma nova ordem constitucional ao mesmo tempo que às normas constitucionais se deixa de atribuir um caráter meramente programático, reconhecendo-lhes plena efetividade para a resolução de controvérsias concretas.

¹⁶ No mesmo sentido Gustavo Binenbojm: “o surgimento do Estado providência criou para a Administração Pública uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.35.

¹⁷ Gustavo Tepedino, *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, Revista de Direito do Estado 2:37.

¹⁸ Conforme assinala Gustavo Tepedino: “As associações, os sindicatos, os grupos interessados na regulação dos respectivos setores da sociedade negociam e debatem a promulgação de suas leis, buscam a aprovação de normas que atendam a exigências específicas, setorialmente localizadas. Aquele legislador do Código Civil, que legislava de maneira geral e abstrata, tendo em mira o cidadão comum, dá lugar a um legislador-negociador, com a vocação para a contratação, que produz normatização para determinados grupos – locador e locatário, fornecedores e consumidores, e assim por diante.” TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, 2006, p.44.

¹⁹ “(...) la crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un Derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes”. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.20.

O texto da Constituição é permeado por princípios e regras que devem orientar toda a atividade estatal. A unidade e a racionalidade do sistema jurídico passam a ser buscadas nos textos constitucionais, impondo-se a releitura de toda a legislação à luz da Constituição²⁰.

Esse novo paradigma modifica a atividade desempenhada pelos três poderes. No Legislativo, ante a impossibilidade de se conferir uma disciplina pormenorizada aos inúmeros temas que demandam a pronta regulação estatal, adota-se, cada vez mais, a utilização de cláusulas abertas. Essas, por seu turno, permitem uma maior liberdade de interpretação e concretização pelos demais poderes²¹. No caso do Judiciário, em particular, há uma ampliação significativa da discricionariedade interpretativa. A aplicação subsuntiva dos enunciados normativos aos casos concretos cede espaço a opções valorativas. A elasticidade das cláusulas gerais, associada à ampliação do âmbito de abrangência das normas constitucionais, também permite que diversas questões antes consideradas políticas sejam tratadas como judicializáveis. Tudo isso leva a um inevitável ativismo judicial, alçando o Poder Judiciário a um papel de protagonista no processo de concretização das normas jurídicas²².

A modulação temporal de efeitos, nesse panorama, poderá servir como um instrumento valioso para temperar esse inevitável ativismo, fomentando o diálogo entre as instituições ao atribuir ao Judiciário um papel não necessariamente amplo sobre a questão constitucional colocada em discussão. A definição da matéria constitucional controvertida, tendo em vista as consequências que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar ao ordenamento jurídico, será construída não só a partir de uma interpretação ampla e exclusiva do Judiciário, mas sim a partir de uma atuação coordenada entre os poderes.

Nos tópicos seguintes, serão aprofundados alguns pontos desse novo paradigma pós-positivista e as suas conexões com o tema da modulação temporal de efeitos.

1.3 Interdependência entre fato e norma

O modelo dogmático do pós-positivismo igualmente evidencia a relevância do plano fático e da realidade social para a concretização das normas jurídicas. Não se mostra possível

²⁰ Conforme assinala Luís Roberto Barroso: “a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradia por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.” BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.63.

²¹ Em sentido semelhante Luís Roberto Barroso: “O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e escolhas entre soluções possíveis”. BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: _____. *Revista da EMERJ*, v.9, n.33, 2006, p.72.

²² O ativismo judicial receberá tratamento detalhado no item “4.1” do trabalho.

a interpretação de enunciados normativos de forma isolada, ignorando-se os elementos fáticos que lhe são subjacentes. Em uma posição extremada, chega-se mesmo a afirmar que a norma só se revela após a relação dialética estabelecida entre a prescrição existente no enunciado normativo e os elementos colhidos da realidade fática²³.

A interpretação deve ser entendida como produção prática do Direito. Não existe uma rígida dissociação entre planos integrados por elementos normativos de um lado e elementos reais ou empíricos do outro. A metódica jurídica só poderá se fundamentar na simultânea análise dos elementos normativos e fáticos na concretização do Direito²⁴.

A norma jurídica, nessa acepção, é composta pelo programa da norma (prescrições textuais do enunciado normativo) e pelo âmbito da norma (recorte da realidade social)²⁵, compreendendo também o campo fático por ela disciplinado (pormenores materiais do conjunto de fatos). O conjunto de enunciados normativos apresenta apenas o significação inicial do Direito, que se revela em sua completude apenas na relação dialética com os elementos existentes na realidade fática²⁶.

O intérprete, partindo da significação inicial extraída de um enunciado normativo, deve revelar o sentido final da norma à luz dos elementos fáticos que lhe são imediatamente subjacentes e do contexto histórico em que se dá a interpretação. Isso significa que devem ser analisados, conjuntamente com as prescrições existentes nos textos normativos, os fatos concretos da vida e da realidade histórica para que se possa identificar o sentido definitivo de uma norma jurídica²⁷.

²³ Nesse sentido Eros Roberto Grau: “A norma jurídica é o resultado da interpretação. Interpretação que – sabemos – não é só do texto escrito – e da própria realidade, no momento histórico no qual se opera a interpretação –, mas também dos fatos.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.97.

²⁴ A denominada metodologia estruturante, apresentada por Friedrich Müller, “analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso”. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.68.

²⁵ “O teor literal expressa o ‘programa da norma’, a ‘ordem jurídica’ tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma (ou domínio da norma), i.é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação”. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁶ Nesse sentido Eros Roberto Grau: “O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado, isto é, a norma, é o resultado da tarefa interpretativa.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.81.

²⁷ Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug apontam que “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.159. Especificamente sobre o condicionamento das normas constitucionais à realidade histórica, esclarece Konrad Hesse que: “La constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. La Constitución no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigencia solo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias. Pero la constitución jurídica no es solo expresión de la realidad de cada momento. Gracias a su carácter normativo ordena y conforma a su vez la realidad social y política. De esta coordinación correctiva entre ser y deber ser se deriban las posibilidades y, al mismo tiempo, los límites de la fuerza normativa de una Constitución.” HESSE, Konrad.

A revelação do significado das normas jurídicas se dá em um complexo processo dialético²⁸ onde a pré-compreensão do intérprete constitui apenas a etapa inicial. A significação obtida nessa primeira fase deve interagir com os elementos colhidos da realidade fática, havendo um condicionamento recíproco entre fato e prescrição normativa. As prescrições extraídas dos enunciados normativos interferem no contexto social em que serão aplicadas. E esse contexto, por sua vez, delimita os contornos e as possibilidades de aplicação das prescrições normativas²⁹.

Como ensina Miguel Reale, fato, valor e norma são elementos inseparáveis da experiência jurídica³⁰. A norma jurídica objetiva reger a vida social, não fazendo sentido que se leve a efeito uma interpretação que faça completa abstração dos elementos reais existentes na sociedade em que será aplicada³¹. Seria contraditório considerar elementos fáticos e valorativos no momento de criação da norma e abstraí-los integralmente no momento de sua aplicação³².

No caso dos Tribunais, em particular, a adoção pelos juízes de interpretações jurídicas que se distanciam das possibilidades fáticas reveladas por um dado contexto histórico pode inclusive comprometer a própria legitimidade de atuação do Poder Judiciário. O risco de descumprimento das decisões judiciais por parte dos demais atores políticos debilitaria demasiadamente o sistema de separação de poderes. Além disso, ao Poder Judiciário deve ser

La fuerza normativa de la constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992, p.75.

²⁸ Conforme afirma Miguel Reale: “A unidade do direito é unidade de *processus*, essencialmente dialética e histórica, e não apenas uma distinta aglutinação de fatores na conduta humana, como se esta pudesse ser conduta jurídica abstraída daqueles três elementos (fato, valor e norma).” REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.56.

²⁹ Eros Roberto Grau qualifica esse movimento dialético de círculo hermenêutico: “o processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão o seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico”. (...) o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. (...) Por isso mesmo, o direito é contemporâneo à realidade.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.37-38.

³⁰ “A norma jurídica, assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito (*elasticidade normativa e semântica jurídica*).” REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.62.

³¹ “Entendo, ao contrário, que a regra jurídica, destinando-se a reger os comportamentos humanos ou a ordenar serviços ou instituições, jamais se desprende da vida social, exercendo influência sobre a sociedade e alterando o seu significado em virtude da reação de seus destinatários. (...) o Direito, como tudo que existe em razão do homem e para reger comportamentos humanos, está imerso no *mundo da vida (Lebenswelt)*, ocorrendo esse fato tanto para as formas espontâneas e ainda não conceitualmente categorizadas da vida jurídica, quanto para as estruturas normativas racionalmente elaboradas.” REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.101.

³² “Não cabe, pois, cogitar de uma ‘realidade jurídica substante’, extrapolada do processo histórico e destituída da sua qualificação fático-axiológico-normativa”. REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. p.76. Conforme também reconhece Konrad Hesse, há uma relação de mútua dependência entre a constituição jurídica e a realidade política e social: “(...) la constitución jurídica sucumbe diariamente en sus aspectos esenciales, es decir, en los no puramente técnicos, ante la constitución real.” HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.63.

reconhecida uma responsabilidade de manutenção não só da coerência sistêmica da ordem jurídica, mas também da sua própria capacidade de funcionamento³³.

Observa-se, assim, que as prescrições existentes nos textos normativos nem sempre poderão ser implementadas de forma imediata, uma vez que o ordenamento jurídico não traduz necessariamente um quadro racional em que sempre haverá uma perfeita sintonia entre o dever ser normativo e os elementos concretos da realidade social³⁴. Sensível a tal quadro, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento em que se discutiu a recepção ou não do art.68 do Código de Processo Penal, que trata do ajuizamento, pelo Ministério Público, de ação de reparação civil (*ex delicto*), reconheceu de forma enfática que a efetivação de uma nova ordem constitucional não se dá de forma integral no momento imediatamente subsequente à data de sua edição³⁵.

Nesse julgamento, evidenciou o Ministro Sepúlveda Pertence não mais ser possível manter uma concepção que apregoe a adoção da denominada jurisdição constitucional ortodoxa, vinculada ao dilema que contrapõe, de forma inflexível, a constitucionalidade plena e definitiva da lei de um lado e a declaração de sua inconstitucionalidade de outro. A realização da Constituição se dá de maneira gradual, uma vez que contextos fáticos específicos podem retardar a plena realização de determinadas prescrições constitucionais³⁶.

Essa gradual realização da Constituição, por sua vez, deve ser alcançada com a participação dos distintos grupos existentes em uma sociedade pluralista, assegurando-se, na maior medida possível, o debate aberto de ideias³⁷. O ordenamento constitucional não deve

³³ Karl Larenz registra nesse ponto que: “Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento.” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p.517.

³⁴ Em sentido semelhante JELLINEK: “Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre, únicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma. JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 6.

³⁵ RE 135328 / SP, Relator o Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 29/06/1994. A despeito de se reconhecer que o Ministério Público estaria restrito à atuação em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal), decidiu-se que, enquanto não criada por lei e organizada a Defensoria Pública naquela unidade da Federação, permaneceria em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista.

³⁶ Veja-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição. Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada -, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.” RE 135328 / SP, Relator o Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 29/06/1994.

³⁷ Deve ser adotada a concepção háberliana de Constituição que, como bem demonstra Francisco Fernández Segado, se orienta por buscar uma sintonia entre o normativo e o real a partir da participação dos distintos e plurais intérpretes de uma sociedade aberta: “la concepción háberliana de la hermenéutica constitucional no solo se orienta a lograr una ‘constitución

ser compreendido como um sistema fechado e completo de normas que prescindem de concretização, devendo, ao contrário, ser identificado em um processo dialético em que os elementos reais, suscitados pelos inúmeros grupos sociais, irão interagir com as prescrições normativas³⁸.

Tudo isso leva a crer que nem sempre será possível levar a cabo uma interpretação constitucionalmente adequada que faça completa abstração da realidade fática que lhe seja subjacente, bem como das consequências resultantes de um provimento judicial sobre essa mesma realidade. A moderna interpretação constitucional não se funda apenas em textos normativos abstratamente considerados, mas deve levar em conta sua interação com a realidade fática e com as demandas sociais.

Tais características do modelo dogmático do pós-positivismo se associam ao tema da modulação temporal de efeitos na medida em que essa técnica, ao dar relevo à realidade social do tempo em que serão aplicadas as normas jurídicas, permite ampliar a capacidade decisória dos operadores do Direito e, com isso, fazer frente às demandas de controle de constitucionalidade em situações fático-normativas crescentemente complexas.

1.4 Unidade da Constituição e efetividade das normas constitucionais

O ordenamento jurídico é integrado por normas que se relacionam mutuamente, havendo uma necessária conexão entre elas, seja sob o ponto de vista formal, seja sob o prisma material. A ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe ordem e unidade. É um sistema onde cada norma jurídica só revela a sua significação definitiva quando em contato com as demais normas existentes. A unidade é o atributo que evita a dispersão dessas várias normas numa multiplicidade de valores singulares e desconexos, permitindo que sejam reconduzidas aos princípios considerados fundamentais³⁹.

viva' (a *living constitution*, *eine lebendige Verfassung*), una constitución en la que normativo y lo real alcancen plena sintonía, sino que, como bien advirtiera Zagrebelsky, hace posible una concepción de la constitución que visualiza en ella un ámbito de entendimiento, un instrumento de convivencia, lo que en sociedades amplia y problemáticamente pluralistas como las de nuestro tiempo, encierra una extraordinaria relevancia y resulta de una enorme funcionalidad." SEGADO, Francisco Fernández. Estudio Preliminar. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

³⁸ Como afirma Canotilho: "A ordem constitucional é uma 'ordem fundamental aberta', uma 'estrutura dinâmica' e 'incompleta', carecida de concretização. Numa palavra; não se propõe um 'contra-modelo' da constituição liberal nem um 'perfeccionismo constitucional', estritamente predeterminador de evoluções futuras; defende-se apenas a 'constituição aberta de uma e para uma sociedade democrática'". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p.102-103.

³⁹ Vide sobre o ponto CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 279-280: "As características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e

A ordem jurídica é estruturada com base em valores centrais que, traduzidos no plano positivo em princípios e regras, estruturam a interpretação e aplicação de todas as normas existentes⁴⁰. Essa pauta axiológica confere unidade ao sistema jurídico, não permitindo que se observe a sua fragmentação⁴¹. A Constituição, por sua vez, por constituir a sede própria dos valores mais elevados do ordenamento, condiciona a interpretação de todas as demais normas jurídicas, impondo uma coerência semântica na aplicação do Direito⁴².

Os princípios constitucionais, em particular, dada a sua maior abstração e elasticidade⁴³, asseguram em maior grau essa pretensão de unidade. Operam eles como fundamento de validade e vetor interpretativo das demais normas jurídicas, delimitando a legitimidade e o sentido das inúmeras disposições normativas.

A coerência entre as diversas normas deve ser inicialmente alcançada sob o prisma formal, respeitando-se a hierarquia existente entre elas. Sendo o critério hierárquico, no entanto, insuficiente para explicar todas as relações possíveis de serem estabelecidas entre os variados tipos de normas, notadamente entre aquelas que possuem a mesma hierarquia formal e axiológica, impõe-se a busca da coerência sob a ótica material.

A fim de que não se observem contradições internas no âmbito do sistema jurídico, sobreleva-se, dentre os elementos de interpretação jurídica, o método sistemático⁴⁴. As normas só revelam o seu sentido adequado quando contextualizadas com a totalidade das

da unidade interior do Direito. (...) A função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.”

⁴⁰ Esclarece Canaris que: “Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.66.

⁴¹ Em sentido semelhante Paulo Otero: “A unidade surge como decorrência da sintonia ou harmonia axiológica ou teleológica que deve ser buscada entre todas as normas, podendo dizer-se que a adequação valorativa constitui o principal instrumento revelador da unidade do Direito, funcionando ambos os elementos como bases estruturantes do sistema jurídico.” OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 208.

⁴² Afirma Paulo Otero que: “Na Constituição formal reside a síntese axiológico-teleológica da ideia de Direito vigente num determinado ordenamento jurídico-positivo, dela sendo possível extrair uma hierarquia de valores e de bens que serve de modelo aferido da unidade do sistema jurídico, traduzindo ainda o padrão de conformidade de todos os actos jurídicos: a Constituição representa, por tudo isto, a ‘pedra angular’ do sistema jurídico”. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 208-209.

⁴³ “O princípio ocupa pois, justamente, o ponto intermediário entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.87.

⁴⁴ Segundo Luís Roberto Barroso: “O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e normas jurídicas.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.136.

normas existentes, notadamente as de natureza constitucional cujos princípios traduzem os valores fundamentais do ordenamento jurídico.

A relevância do elemento sistemático decorre igualmente da constatação de que as normas jurídicas valem-se cada vez mais de conceitos jurídicos indeterminados ou de valores e expressões cujos contornos e limites só se definem à luz do caso concreto e a partir de uma leitura sistemática dos diversos elementos normativos incidentes⁴⁵.

A existência de contradições entre normas jurídicas deve ser evitada a todo custo, uma vez que essa indesejada situação gera uma enorme insegurança e atenta contra o tratamento igualitário que deve ser conferido aos destinatários das prescrições normativas⁴⁶. O mecanismo que irá permitir que se assegure a ausência de contradições entre as normas jurídicas é o controle de constitucionalidade. Todas as normas jurídicas que se revelarem atentatórias às prescrições constitucionais poderão ser eliminadas do ordenamento através do reconhecimento de invalidade. Antes, porém, deve o aplicador do Direito buscar uma interpretação que permita a compatibilização dos diversos elementos normativos em aparente conflito⁴⁷.

A finalidade do controle de constitucionalidade, portanto, é a sustentação da superioridade hierárquica das normas constitucionais sobre as demais normas existentes no ordenamento jurídico e a promoção da Constituição em sua integralidade. É considerando esse aspecto que se pode falar em uma promoção gradual dos distintos preceitos constitucionais, e é isso que justifica a adoção, no controle da constitucionalidade, de técnicas

⁴⁵ Conforme afirma Paulo Otero: “A sistematicidade do Direito reflecte-se, por outro lado, no campo da aplicação do Direito: ultrapassada uma concepção meramente dedutiva ou subsuntiva do Direito ao caso concreto, a aplicação do Direito envolve, cada vez mais, ‘uma concreta realização normativamente constitutiva’.” OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 215. Miguel Reale, por sua vez, afirma que: “quer se considere a experiência jurídica, estaticamente, na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito toda gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da ‘praxis social’, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente”. REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 76.

⁴⁶ “A unidade e a ordem subjacentes ao conceito de sistema, envolvendo uma ‘assimilação material’ e uma ‘convergência teleológica’, determinam a importação para o domínio do Direito das noções de estabilidade e de continuidade, enquanto realidades mutuamente condicionantes do fenómeno jurídico pela sua inserção num sistema. Se a estabilidade transporta para o Direito as ideias de institucionalização e integração, configurando a paz como seu objetivo último, a continuidade, por seu turno, impõe ao Direito uma constância à mudança ou ao movimento, integrando as novas soluções numa linha de evolução previsível, excluindo a rotura brusca e comportando como objetivo sempre presente a segurança.” OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 216.

⁴⁷ Em sentido similar Paulo Otero: “Essa garantia de ausência de contradições no âmbito do sistema determina sempre, por sua vez, a existência de mecanismos tendentes a ultrapassar ou eliminar quaisquer áreas de contradição ou colisão: num primeiro momento, promovendo a tentativa de ‘conciliação’ ou de ‘harmonização’ entre os elementos em colisão, procurando encontrar um compromisso que traduza uma mútua limitação, garantindo a ambos um âmbito mínimo de operatividade; num segundo momento, caso essa tentativa de compatibilização ou compromisso seja de todo impossível, procedendo ao ‘expurgo’ do elemento ‘rebelde’ à lógica de valores prevalecente no sistema.” OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 212.

que permitam uma racionalização dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade, promovendo, assim, mais a Constituição como um todo.

Para que o sistema de controle de constitucionalidade se mantenha coerente e sem contradições, sempre que se esteja perante uma situação em que se conclua que a não aplicação da norma julgada inconstitucional conduz a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles que advêm da sua aplicação, deverá haver a aplicação da limitação temporal de efeitos.

Ao aplicador do Direito é vedado promover uma parcial leitura da Constituição que assegure apenas a efetividade da norma constitucional apontada como violada pelo ato normativo impugnado. Deve, ao contrário, investigar todas as possíveis conexões entre o ato impugnado e as diversas disposições constitucionais em seu conjunto⁴⁸.

Esse, inclusive, é o entendimento sufragado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), que já teve oportunidade de assentar que o controle de constitucionalidade não se restringe à observância das normas constitucionais que fundamentam a declaração de inconstitucionalidade, devendo-se também observar os preceitos constitucionais que tutelam a preservação dos efeitos produzidos durante a vigência da norma atacada. De acordo com o STF, o postulado da unidade da Constituição pressupõe que a aferição da validade de um ato normativo deve envolver a integralidade do ordenamento, não se limitando à análise estrita da compatibilidade do ato com um dispositivo constitucional específico⁴⁹.

Evidencia-se, assim, que a unidade da Constituição como padrão hermenêutico exige que sejam tomados em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. Só assim se alcançará a máxima efetividade da Constituição, considerada essa em sua integralidade, não devendo o intérprete se contentar apenas com a imediata efetividade da norma constitucional violada sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais.

⁴⁸ Nesse sentido afirma Rui Medeiros que: “o princípio da constitucionalidade não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial da efectividade 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.” MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.744.

⁴⁹ Embargos de declaração na ADI nº 3.601/DF. Relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 09.09.2010. Conforme destacado pelo Relator: “faz-se necessário, em virtude do postulado da supremacia e da unidade da Constituição, ampliar-se o objeto de interpretação das normas em face da Carta Magna, ultrapassando-se a análise do ato legal frente à norma constitucional parâmetro, para contemplar, ainda, os efeitos produzidos pela norma questionada frente outras normas igualmente constitucionais.” Extrai-se também do referido precedente que o Supremo Tribunal Federal deve buscar a análise integrada de todas as normas constitucionais a fim de permitir que se alcance a máxima efetividade da Constituição: “O Supremo Tribunal Federal, guarda da Constituição, tem o dever de zelar pela sua máxima efetividade, o que ultrapassa a norma constitucional utilizada como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, alcançando toda a unidade normativa da Lei Maior”.

1.5 Estado de Direito Constitucional e a flexibilização do princípio da legalidade

A concepção originária de Estado de Direito associa-se à eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos, invertendo-se a relação entre Poder e Direito. Já no âmbito do Estado liberal, atribui-se uma conotação substantiva ao Estado que deve pautar a sua atuação em prol dos indivíduos e não mais em nome de interesses próprios⁵⁰. A lei traduz não mais a vontade personalizada do ente estatal e sim os interesses dos cidadãos. A pessoa humana passa a ser o objeto central de tutela do Estado⁵¹.

A legalidade consiste na exigência de prévia previsão legal para autorizar intervenções na esfera de liberdade do cidadão. Toda a atividade estatal subordina-se à observância de prévio regramento estabelecido em lei. Conforme anota Zagrebelsky, o Estado de Direito é inimigo dos excessos, do uso não regulado do poder⁵². O princípio da legalidade confere, por um lado, legitimidade democrática aos poderes públicos, cuja atividade deve desenvolver-se por meio de normas jurídicas, e, por outro, promove a segurança jurídica como limite à restrição da liberdade e como previsibilidade da intervenção estatal.

Com o advento do Estado Constitucional, essas características da lei tornam-se ainda mais evidentes, pois todo o ordenamento jurídico submete-se aos valores previstos na Constituição que, indiscutivelmente, reconhece a centralidade da pessoa humana e a exigência de prévia habilitação legal para que sejam autorizadas intervenções na esfera individual dos cidadãos⁵³.

Paralelamente ao surgimento do Estado Constitucional, a legalidade sofreu uma ampla reformulação. A lei não só passa a se submeter diretamente aos valores constitucionais, como

⁵⁰ Nesse sentido Zagrebelsky: “Pero el Estado liberal de derecho tenia necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era ‘la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad’. La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005, p.23.

⁵¹ “Mas em última análise é a *pessoa humana* que importa servir e valorizar: a sociedade, sob todas as suas formas, não passa de um meio de realizar os interesses humanos e o poder não é mais que um instrumento da sociedade.” CAETANO, Marcello. *Manual da Ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.144.

⁵² “El Estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso ‘no regulado’ del poder. La generalidad de la ley comporta una ‘normatividad media’, esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005, p.29.

⁵³ Sobre a denominada fórmula do Estado Constitucional, anota Zagrebelsky que: “La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el problema de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente).” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005, p.34.

também já não apresenta uma pretensão de completude. O processo legislativo não consegue captar a dinâmica do fenômeno social em sua inteireza, notadamente nas sociedades contemporâneas, marcadas, dentre outras características, pela inconstância, mobilidade e pluralidade.

Como já se apontou anteriormente, o crescente dinamismo das relações econômicas e sociais, associado ao aumento significativo do grau de complexidade das matérias que demandam a pronta ordenação do Estado, não mais encontra resposta satisfatória no processo legislativo formal⁵⁴. Essas características contemporâneas impõem uma releitura do princípio da legalidade de forma a que seja compreendido de forma mais flexível⁵⁵.

Os riscos gerados pela denominada sociedade de risco não têm soluções precisas e corretas. As ciências, dentre elas a ciência jurídica, não se mostram capazes de solucionar problemas de crescente complexidade e dinamismo⁵⁶. No que se refere ao ordenamento jurídico, em particular, as tipificações fechadas já não se revelam suficientes para a disciplina de inúmeros fatos gerados pelo desenvolvimento tecnológico⁵⁷.

A sociedade contemporânea, por outro lado, caracterizada pela ampla diversificação de grupos e estratos sociais que participam do processo legislativo, provoca a modificação das características clássicas da lei: a generalidade e abstração. Há uma significativa alteração dessas características - com a redução de sua intensidade - em razão do advento de leis que disciplinam setores específicos da realidade social em detrimento de uma regulação com caráter mais universal⁵⁸.

⁵⁴ Conforme assinala Ulrich Beck: os “sistemas jurídicos não dão conta das situações de fato”. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p.10.

⁵⁵ Em sentido similar Silvia Faber Torres: “Embora imprescindível para o Estado democrático de direito, o princípio da legalidade sofre os efeitos da crise da lei formal – ou crise do Parlamento – e da mudança do perfil do Estado, e passa a merecer da doutrina e jurisprudência uma certa relativização e flexibilização em seu conceito, grau de aplicabilidade e de vinculação.” TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.1.

⁵⁶ “Dessa forma, desencadeia-se um processo de desmistificação das ciências, através do qual a estrutura que integra ciência, práxis e espaço público passa por uma transformação drástica. Consequentemente, produz-se o *fim do monopólio das pretensões científicas de conhecimento*: a ciência se torna cada vez *mais necessária*, mas ao mesmo tempo cada vez *menos suficiente* para a definição socialmente vinculante da verdade. Esse déficit funcional não surge por acaso. Tampouco é imposto às ciências de fora para dentro. Pelo contrário, ele surge em decorrência da *afirmação* e da diferenciação das pretensões científicas de validade, como produto da reflexividade do desenvolvimento técnico-científico em circunstâncias de risco (...)”. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 236-237.

⁵⁷ Nesse sentido Silvia Faber Torres: “(...) a complexidade técnica da sociedade moderna e o déficit cognitivo que ela traz torna a atuação do legislador incapaz de regular e controlar os graves e muitas vezes imprevisíveis riscos por ela produzidos, seja por falta de conhecimento técnico, seja pela morosidade do processo legislativo, que impede a necessária adaptação da legislação às dinâmicas situações, mostrando-se, como se mostram, as normas de maior hierarquia, incapazes de tipificar precisamente os limites do permitido e do proibido.” TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 60-61.

⁵⁸ Sobre as características da generalidade e da abstração das leis, vejam os seguintes esclarecimentos de Zagrebelsky: “La generalidad de la ley comporta una normatividad media, esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del próprio poder legislativo. (...) Vinculada a la generalidad estaba la abstracción de las leyes, que puede definirse como genalidad en el tiempo y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante supuestos de hecho abstractos. La abstracción respondía a una exigência de la sociedad liberal tan

Conforme esclarece Zagrebelsky, há a *pulverização do direito legislativo*⁵⁹. A legislação passa a ser ordinariamente direcionada para a disciplina de setores específicos da sociedade cujos grupos representativos buscam tutelar seus interesses diretamente junto ao Poder Legislativo, interferindo no próprio processo legislativo⁶⁰.

Com o objetivo de adaptar-se às demandas atuais e aproximar-se do paradigma pós-positivista, o princípio da legalidade sofre nos últimos anos uma ampla reformulação. Prestigia-se a adoção de uma legislação cada vez mais aberta, com a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, em substituição aos tipos legais fechados, que pressupunham a suficiência do método subsuntivo para a concretização do Direito⁶¹. O aplicador do Direito, em tal cenário, adquire um papel ativo na densificação das normas jurídicas⁶².

Além disso, paralelamente à indeterminação normativa que conduz a um crescente protagonismo dos Poderes Executivo e Judiciário na concretização do Direito, verifica-se uma transfiguração material da legalidade. A interpretação jurídica não mais se exaure nos limites definidos pela lei formal, abrangendo a totalidade do ordenamento. A Constituição, em específico, dada a sua superioridade hierárquica – tanto sob o ponto de vista formal como do

esencial como la generalidad: se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y previsibilidad del derecho. La abstracción, en efecto, es enemiga de las leyes retroactivas, necesariamente concretas, como también es enemiga de las leyes a término, es decir, destinadas a agotarse en un tiempo breve, y, en fin, es enemiga de la modificación demasiado frecuente de unas leyes por otras.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 29-30.

⁵⁹ “La época actual viene marcada por la ‘pulverización’ del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, ‘de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción’, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención ‘regulativa’ en sentido propio: en lugar de normas, medidas.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005, p.37.

⁶⁰ “Conforme assinala Zagrebelsky: “El acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos). El resultado de este proceso plural está, por su naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005, p.37.

⁶¹ Há, no entanto, conforme adverte Carlos Ari Sundfeld, “pensadores do direito administrativo ainda hoje convencidos de que a *vinculação ao Parlamento* é o eixo central da engrenagem que assegura a submissão da Administração ao Direito. Isso se traduz numa desconfiança em princípio contra as competências administrativas que valorizem o papel dos administradores, que lhes deem a iniciativa e a concepção de soluções, políticas e programas, que lhes deem espaço jurídico para a criação. Para esses pensadores, no Estado de Direito os administradores públicos só podem ser braços mais ou menos mecânicos do legislador. (...) envolve a defesa de que as leis sejam maximalistas, não podendo deixar espaço para deliberações próprias do administrador. Ela defende, por isso, interpretações constitucionais e legais que redundem na máxima restrição desse espaço de deliberação. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. Malheiros. São Paulo: 2012, p.133.

⁶² Veja-se a respeito Paulo Otero: “O tradicional modelo de uma legalidade administrativa fechada e rígida, produzindo uma Administração Pública serva da lei através de uma aplicação mecânica ou puramente subsuntiva das soluções contidas em normas legais heterovinculativas, tal como havia sido teorizada em certos sectores liberais, encontra-se hoje desesperadamente ultrapassado: em vez disso, assiste-se a uma progressiva indeterminação e abertura densificadora da normatividade a favor da Administração Pública que, por essa via, adquire um crescente activismo na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares, conferindo-se uma inerente maleabilidade à legalidade administrativa que vive tempos de erosão do seu habitual e repetido papel puramente vinculativo da actuação administrativa.” OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 894.

ponto de vista material-axiológico – condiciona a interpretação de todas as normas jurídicas, ampliando o campo de investigação do aplicador do Direito⁶³.

O princípio da legalidade se converteu em princípio da juridicidade, expressando um modelo de Administração Pública sujeita ao Direito. A juridicidade traduz uma legalidade mais qualificada, revelando uma necessária conexão entre todas as normas jurídicas e a Constituição⁶⁴. Conforme anota Canotilho, a Constituição substitui-se à lei como fundamento de validade e de legitimidade dos atos estatais. É a própria Constituição que delimita o campo de atuação do Estado⁶⁵.

No direito positivo brasileiro, inclusive, o princípio da juridicidade é proclamado expressamente pela Lei n.º 9784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O *caput* do art.2º da referida Lei indica a observância do princípio da legalidade pela Administração Pública, determinando o seu parágrafo único, em um de seus incisos, que no processo administrativo deverá ser observado o critério de atuação conforme a lei e o Direito⁶⁶.

As normas constitucionais, por outro lado, não só condicionam a validade das demais normas jurídicas e lhes servem de vetor interpretativo, como também passam gradualmente a resolver diretamente inúmeras situações concretas, independentemente da intermediação de atos normativos infraconstitucionais. Também em razão dessa peculiar circunstância, a relativização da legalidade estrita em prol da juridicidade é reforçada⁶⁷.

⁶³ Sobre o ponto afirma Silvia Faber Torres que: “(...) a *conformidade* que se exige entre a atuação do poder público e a representatividade dos cidadãos não se limita apenas à lei, como produção formal do Poder Legislativo, mas estende-se ao Direito como um todo, vale dizer, ao Direito não encapsulado em leis positivas. Insere-se, hoje, em resumo, dentro de uma noção mais ampla de Direito, que reúne sob seu domínio todas as regras e princípios que se possam extrair do ordenamento jurídico sentido TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.11. No mesmo sentido ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009: “(...) evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade (...)”

⁶⁴ De acordo com Gustavo Binbenbojm: “(...) não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita *vinculação positiva à lei*. Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema unívoco, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos específicos), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme a disciplina específica na matriz constitucional. (...) com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne de vinculação administrativa à juridicidade.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.142.

⁶⁵ “(...) a *precedência e a prevalência da Constituição substituem a precedência e a reserva vertical da lei*. Por outras palavras: a reserva vertical de constituição substitui a reserva vertical de lei. Ainda por outras palavras: a constituição substitui-se à lei como fundamento do agir da administração; é, ela mesma, lei habilitante do agir administrativo. Está, assim, aberto o caminho da *legalidade sem lei*.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 840.

⁶⁶ Art. 2º. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II – (...)

⁶⁷ No mesmo sentido Paulo Otero: “(...) a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam direta e imediatamente

A flexibilização do princípio da legalidade revela-se, dessa forma, como premissa inafastável na interpretação jurídica nos dias atuais, seja em razão do advento de uma vinculação normativa mais ampla, decorrente do advento do Estado Constitucional de Direito, seja em razão da própria incapacidade de a lei formal disciplinar satisfatoriamente todas as demandas produzidas pela sociedade contemporânea.

Isso não deve importar, contudo, no abandono da legislação formal. Os atos normativos editados pelo Poder legislativo devem ser prestigiados pelos demais poderes e pelos cidadãos em geral, impondo-se, inclusive, uma deferência às opções políticas neles veiculadas. Mas a lei formal, isoladamente considerada, já não se mostra suficiente para a adequada disciplina de inúmeras situações concretas⁶⁸.

A adoção do princípio da juridicidade, em detrimento do princípio da legalidade estrita, traz, por seu turno, uma nova perspectiva de análise da validade dos atos normativos e dos atos jurídicos em geral. A validade deixa de ser analisada de forma unidirecional, confrontando-se o ato jurídico com um único paradigma de validade, passando a uma análise multidimensional, onde o ato jurídico e os efeitos por ele produzidos deverão ser confrontados com inúmeras referências normativas consideradas em sua integralidade.

O paradigma de aferição da validade dos atos jurídicos, e dos eventuais efeitos dele decorrentes, deixa de ser a lei formal, isoladamente considerada, ou mesmo um dispositivo constitucional específico, adotando-se, em contrapartida, o Direito em sua unidade, formado pelas diversas normas que integram a totalidade do ordenamento jurídico.

A modulação temporal de efeitos apresenta-se nesse cenário como instrumento de temperança, permitindo que haja a provisória convalidação de um determinado ato que, em princípio, seria reconhecido como inválido se confrontado de forma unidirecional com um único dispositivo normativo. A consideração do Direito em sua integralidade, no entanto, impõe, em determinadas circunstâncias fáticas, que se convalide temporariamente o ato inicialmente inquinado como inválido tendo em vista os efeitos por ele produzidos.

Permite a modulação temporal de efeitos promover ajustes na concretização de atos normativos editados originariamente sob o signo da instabilidade, característica da sociedade contemporânea, permitindo-se a proteção de valores como o da segurança jurídica e da

as autoridades administrativas. (...) em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculação para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa.” OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 735.

⁶⁸ Em sentido similar TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.11-12.

proteção da boa-fé a despeito de eventual vício que macule um dispositivo normativo específico.

1.6 Consequencialismo

A análise de consequências no processo de tomada de decisão não recebeu no Brasil o mesmo espaço do que os demais aportes teóricos sobre interpretação e aplicação do Direito. No campo doutrinário, o debate acadêmico tradicionalmente se circunscreve à interpretação das normas sob um enfoque estritamente dogmático-normativo. Valoriza-se em regra a busca por um sistema normativo fechado, caracterizado pela pretensão de guardar integral coerência no plano abstrato, em detrimento de contribuições concretas ligadas a outras ciências que poderiam auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico.

Os trabalhos doutrinários que fornecem um tratamento sistemático à argumentação consequencialista ainda são escassos por aqui⁶⁹ e os tribunais brasileiros não têm desenvolvido parâmetros seguros para a sua apreciação. Nos EUA, por outro lado, a análise de consequências já se insere há décadas no debate acadêmico sob diversas perspectivas teóricas, destacadamente o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico⁷⁰.

Em termos gerais, pode-se definir o consequencialismo como a concepção teórica que elege a análise das consequências como elemento central no processo de tomada de decisão⁷¹. Há, no entanto, diversas acepções do termo consequencialismo que, embora possam compartilhar um núcleo comum, relacionado à análise de consequências, guardam entre si diferenças relevantes.

O modelo consequencialista de raciocínio esteve inicialmente presente no denominado pragmatismo filosófico. Para Willian James, filósofo que foi porta-voz de uma postura caracteristicamente norte-americana, o pragmatismo representa uma construção perfeitamente

⁶⁹Dentre os trabalhos produzidos, destacam-se os seguintes: ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. CAMARGO, Margarida Lacombe. *O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 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.

⁷⁰Nesse sentido PETTIT, Philip. *Consequentialism*. The International research library of philosophy, 1993.

⁷¹“Roughly speaking, consequentialism is the theory that the way to tell whether a particular choice is the right choice for an agent to have made is to look at the relevant consequences of the decision: to look at the relevant effects of the decision on the world.” PETTIT, Philip. *Consequentialism*. The International research library of philosophy, 1993.

familiar em filosofia, a atitude empírica⁷². O elemento concreto é prestigiado em detrimento de um sistema normativo fechado orientado por uma pretensão exclusivamente racionalista⁷³. As circunstâncias concretas e as consequências delas advindas serão determinantes para a eleição da solução mais adequada ao caso sob análise e não mais a prescrição normativa isoladamente considerada⁷⁴.

Conforme atestam Diego Werneck Argueles e Fernando Leal, três são as características básicas do pragmatismo filosófico: o antifundacionismo, o contextualismo e o consequencialismo. O antifundacionismo importa na rejeição de qualquer teoria normativa fechada e racionalmente concebida, enquanto o contextualismo sobreleva o papel da experiência humana. Já o consequencialismo enaltece a análise das consequências práticas no processo de tomada de decisão⁷⁵.

Nesse ponto, esclarece Margarida Lacombe Camargo que a perspectiva antifundacionista não se satisfaz com conceitos previamente estabelecidos, sendo imprescindível que tais conceitos sejam reafirmados na experiência prática⁷⁶. O contextualismo, por sua vez, pressupõe que é a partir do caso concreto que a solução deve ser construída⁷⁷. Por fim, o consequencialismo revela que o processo de tomada de decisão deve

⁷² Conforme anota o próprio Willian James, o termo pragmatismo foi introduzido pela primeira vez em filosofia por Charles Peirce em 1878 em um artigo intitulado “Como tornar claro nossas idéias”. JAMES, Willian. *Pragmatismo*. Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.44.

⁷³ “Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões *a priori*, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito do temperamento racionalista. Significa ainda ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade.” JAMES, Willian. *Pragmatismo*. Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.47.

⁷⁴ “Para atingir uma clareza perfeita em nossos pensamentos em relação a um objeto, pois, precisamos apenas considerar quais os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pode envolver - que sensações devemos esperar daí, e que reações devemos preparar. Nossa concepção desses efeitos, se imediata ou remota, é, então, para nós, o todo de nossa concepção do objeto, na medida em que essa concepção tenha, afinal, uma significação positiva”. JAMES, Willian. *Pragmatismo*. Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.45.

⁷⁵ “ (...) partiremos de uma leitura do pragmatismo (filosófico) clássico como uma concepção do pensamento humano que envolve basicamente três características: *antifundacionismo* (rejeição de qualquer critério ou fundação última, estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento), *contextualismo* (por enfatizar o papel da experiência humana, com suas crenças, tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica) e consequencialismo (expresso na idéia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas – o que leva a uma atitude empiricista e experimentalista)” ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.176.

⁷⁶ “A perspectiva antifundacionista mostra que a verdade não se encontra em princípios e conceitos dados ou previamente construídos. Os conceitos, advindos da experiência pretérita, constituem-se em hipóteses a serem confirmadas na prática.” CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 367-368.

⁷⁷ “E visto o Direito como prática social, o pragmatismo jurídico assume uma dimensão tópica, pois as questões de ordem prática é que nortearão a interpretação e aplicação da norma.” CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 368.

apresentar uma perspectiva prospectiva, importando necessariamente na análise das consequências futuras advindas desse processo⁷⁸.

A aspiração pragmática pode ser extraída da célebre frase cunhada por Oliver Wendell Holmes Jr.: “A vida do Direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência”⁷⁹. Holmes, em seu clássico *The Common Law*, buscou imprimir um método de análise cética, a exemplo do que fez Nietzsche, ao escrever o também clássico *Genealogia da moral*. Enquanto Nietzsche construiu um modelo teórico que se opôs à razão lógica e científica⁸⁰ e colocou em suspeita os valores morais⁸¹, Holmes questionou a pretensa racionalidade e completude dos esquemas normativos formais⁸².

Holmes reconheceu não ser possível que o sistema jurídico alcance resultados satisfatórios apenas à luz de premissas conceituais previamente estabelecidas em enunciados normativos. Inúmeros outros elementos, tais como as concepções morais prevalecentes e os preconceitos próprios do intérprete, interferem muito mais na definição do Direito do que propriamente o silogismo pretensamente racional⁸³.

⁷⁸ “Volta-se para o futuro, na medida em que se pauta nas consequências da ação. A decisão sobre a melhor conduta, nesse aspecto, é aquela que se pauta na consideração dos efeitos de um e de outro comportamento.” CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 368.

⁷⁹ “The life of the law has not been logic: it has been experience.” HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. University of Toronto Law School: Typographical Society, 1881. p.5.

⁸⁰ “Também do ponto de vista fisiológico a ciência pisa no mesmo chão que o ideal ascético: um certo *empobrecimento da vida* é o pressuposto, em um caso como no outro – as emoções tornadas frias, o ritmo tornado lento, a dialética no lugar do instinto, a seriedade impressa nos rostos e nos gestos (a seriedade, essa inconfundível marca do metabolismo mais trabalhoso, da vida que luta, que funciona com mais dificuldade)”. NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.141-142.

⁸¹ De acordo com Nietzsche, uma nova exigência de crítica à moral se faz necessária: “Enunciemo-la, esta nova exigência: necessitamos de uma crítica dos valores morais, o próprio valor desses valores deverá ser colocada em questão.” NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.12.

⁸² No mesmo sentido é o testemunho de Richard Posner: “Holmes escreveu *The Common Law* poucos anos antes da grande obra de Nietzsche, *On the Genealogy of Morals* [Genealogia da moral], e ambos empregam um método efetivo de análise cética: o método genealógico. Na *Genealogia* e em outras obras, Nietzsche tentou destruir o *status* ontológico da moral cristã ao argumentar que as crenças morais refletem as necessidades e circunstâncias dos grupos dominantes nas comunidades que porventura as sustentem. Em outras palavras, a moral é relativa, e não absoluta; na verdade, moral é opinião pública. *The Common Law* faz a mesma coisa com o Direito. Ao remontar às origens das doutrinas jurídicas e, assim, associar cada uma delas a uma constelação específica de circunstâncias sociais, Holmes demonstrou o absurdo de se supor, como faziam os formalistas do século XIX contra os quais escrevia, que as doutrinas jurídicas eram conceitos formais imutáveis, como o teorema de Pitágoras. Ele deu força à lição do relativismo ético, e ao fazê-lo converteu o Direito em opinião pública dominante de modo muito semelhante ao que fez Nietzsche ao converter a moralidade em opinião pública.” POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.321-322.

⁸³ “It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudice which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.” HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. University of Toronto Law School: Typographical Society, 1881. p.5. Richard Posner também evidencia a preocupação de Holmes com a análise das consequências econômicas e sociais: “(...) Holmes rejected the then orthodox notion that judges could decide difficult cases by a process of or very similar to logical deduction from premises given by authoritative legal texts, or by unquestioned universal principles that inspire and subsume those texts (“natural law”). He argued that judges in difficult cases made law with reference to the likely social and economic consequences of their decisions, and that their intuitions about those

O pragmatismo filosófico pretendeu, com isso, promover uma mudança de rumo na tradicional filosofia ocidental, que se pautava primordialmente por uma metodologia amparada no conceitualismo. Defendem seus adeptos, em contraposição, uma metodologia pautada na experiência prática onde a interpretação seria pautada primordialmente pela análise das consequências e não por conceitos previamente delimitados⁸⁴.

O modelo consequencialista de raciocínio encontra-se igualmente presente no chamado pragmatismo jurídico, expressivamente presente no debate norte-americano concernente à análise econômica do Direito.

Os adeptos da análise econômica partem da premissa de que os profissionais do Direito usualmente circunscrevem a sua área de investigação apenas à ciência jurídica, negligenciando, com isso, os valiosos aportes fáticos e dogmáticos que as demais áreas do conhecimento podem fornecer. Como forma de ampliar essa perspectiva, a análise econômica do Direito se vale de elementos extrajurídicos a fim de assegurar o objetivo de elaboração de intervenções estatais mais racionais⁸⁵.

As normas jurídicas em geral buscam disciplinar situações sociais cada vez mais complexas e dinâmicas, o que acarreta a necessidade de que sejam levados em consideração outros campos de investigação pelo aplicador do Direito, notadamente a economia⁸⁶.

Richard Posner, defensor de um abrangente ativismo judicial econômico, e um dos mais significativos expoentes do pragmatismo jurídico, sustenta que o juiz deve ampliar a

consequences, rather than the abstract moral principles and formal legal analysis deployed in conventional judicial opinions (...)." POSNER, Richard. A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010, p. 232.

⁸⁴ Em sentido similar Richard Posner: "(...) the pragmatic vein in American judging is wide and deep. (...) Pragmatism was the invention of three American philosophers – Charles Sandres Peirce, William James, and John Dewey (...) although the antecedents reach back to the Sophists and Aristotle and less remotely to Hume, Mill, Emerson, Hegel and Nietzsche. (...) they had in common a turning away from the traditional philosophical agenda of the West. The agenda had been set by Plato and was concerned primarily with investigating the meaning and possibility of truth, the foundations of knowledge, modes of reasoning, the nature of reality, the meaning of life, the roles of freedom and causality in human action, and the nature and principles of morality. The pragmatists turned away not only from the topics but also from the methodology of the philosophical mainstream, with its emphasis on conceptualism, the *a priori*, and logical rigor. They advocated a radical empiricism in which propositions would be evaluated by their observable consequences rather than by their logical antecedents (...) Dewey called his brand of pragmatism "experimentalism", and the world conveys an apt sense of the tentative, antidogmatic, to a degree antitheoretical outlook that characterized (and characterizes) philosophical pragmatism – "an instrumentalist or problem solving approach to ideas and institutions. On a pragmatist view, our ideas, principles, practices and institutions simply are tools for navigating a social and political world that is shot through with indeterminacy." POSNER, Richard. A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010, p.231.

⁸⁵ "El análisis económico, sin lugar a dudas, puede ofrecer instrumental de gran utilidad de cara a alcanzar ese objetivo de elaborar leyes racionales no solo desde un punto de vista comunicativo, jurídico-formal y ético, sino también con palabras de Atienza, pragmático y teleológico. La política jurídica requiere de una pluralidad de sabaeres, y entre ellos el económico ciertamente ocupa un lugar destacado." AMUCHÁSTEGUI, Jesús González. *El Análisis Económico del Derecho*: algunas cuestiones sobre su justificación. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 15 -16, 1994, p. 929-943.

⁸⁶ Nesse sentido é o magistério de Stephen Breyer que, juntamente com Richard Posner, é um dos mais importantes expoentes do pragmatismo jurídico: "In general, I tend to disfavor absolute legal lines. Life is normally too complex for absolute rules. Moreover, a more open, less definite approach to interpretation is likely to prove more compatible with the law's incorporation of knowledge drawn from other disciplines, particularly disciplines that themselves reason by way of 'a little more, a little less', such as economics." BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004, p.7.

análise dos fatos. Deve considerar todos os argumentos relevantes para a resolução de um caso concreto, sejam eles jurídicos ou não. Embora tente se afastar do rótulo de consequencialista ao dar ênfase à análise das consequências sistêmicas no processo de tomada de decisão, Posner parece manter intacta a essência da estrutura consequencialista.

Mais precisamente, Posner não se preocupa apenas com a análise das consequências imediatas para as partes envolvidas no caso concreto (consequencialismo de primeira ordem), o que seria característico do consequencialismo e o seu processo de tomada de decisão casuístico⁸⁷. Defende, em contrapartida, o denominado pragmatismo jurídico, caracterizado pela consideração dos efeitos da decisão sobre o resto do sistema jurídico e até mesmo sobre a economia e o sistema político (consequências sistêmicas – consequencialismo de segunda ordem)⁸⁸.

Para Posner, a combinação de ambas as consequências (imediatas e sistêmicas) diferenciaria a sua proposta pragmática do simples consequencialismo, que, para ser aplicado, não exige mais do que considerações de primeira ordem. O juiz pragmático não adotará a decisão com melhores consequências imediatas sempre que essa postura não implicar as melhores consequências sistêmicas, isto é, para o sistema judicial como um todo no longo prazo⁸⁹.

O pragmatismo jurídico defendido por Posner não se limita a apurar se os fatos subjacentes ao caso concreto se enquadram ou não no escopo semântico de uma norma jurídica específica. O aplicador do Direito deve investigar as consequências advindas do processo de tomada de decisão a fim de que seja mantida a coerência sistêmica do ordenamento jurídico⁹⁰. Além disso, o pragmatismo jurídico é historicista, não admitindo formulações conceituais imutáveis⁹¹.

⁸⁷ “The dominant brand of consequentialism is utilitarianism, which shares some features with pragmatism but is certainly distinct from it. It is one thing to care about consequences, including consequences for utility (welfare), and another to be committed to a strategy of maximizing some class of consequences, a commitment that, as the large critical literature on utilitarianism attests, can lead to just the kind of dogmatic absurdities that pragmatists are determined to avoid.” POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, p. 65.

⁸⁸ “(...) despite the emphasis on consequences, legal pragmatism is not a form of consequentialism, the set of philosophical doctrines (most prominently utilitarianism) that evaluate actions by the value of their consequences: the best action is the one with the best consequences. There are bound to be formalist pockets in a pragmatic system of adjudication, notably decision by rules rather than by standards. Moreover, for both practical and jurisdictional reasons the judge is not required or even permitted to take account of all the possible consequences of his decisions.” POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, p. 59.

⁸⁹ Nesse sentido ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁹⁰ Em sentido similar POSNER, Richard. A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010, p. 243: “The pragmatic judge is less interested in whether the facts of a case bring it within the semantic scope of the rule agreed to govern the case than in what the purpose of the rule is – what consequences it seeks to induce or block – and how that purpose, those consequences, would be affected by deciding the case one way or the other (...).”

⁹¹ Nesse sentido, afirmam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal que: “O juiz pragmático não se vê envolvido por qualquer dever de consciência com o passado. Quando os precedentes e as decisões legislativas forem honrados por um

A centralidade das consequências também é um traço comum nas formulações teóricas de Ronald Dworkin, embora divirja de Posner no que se refere ao papel que elas devem ter no sistema jurídico⁹². Para Dworkin, cada argumento de interpretação legal deve garantir um estado de coisas superior de acordo com os princípios presentes em nossa prática, assegurando-se, dessa forma, a sua acepção de Direito como integridade.

De fato, a discussão sobre os impactos sistêmicos advindos da efetiva implementação dos direitos sofisticada o debate jurídico. A economia, assim como os demais elementos colhidos na realidade social, pode contribuir significativamente para uma compreensão mais adequada do fenômeno jurídico. Isso se torna ainda mais evidente em se tratando de prescrições normativas que adotam conceituações mais abertas e fluidas, uma vez que elas dependem de aportes sistêmicos e exógenos (colhidos fora do sistema jurídico) para a sua concretização⁹³.

Conforme bem sintetizado por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, *há uma potencial consonância entre a teoria dos princípios, a teoria da argumentação e a análise econômica do Direito*⁹⁴. Além disso, a análise econômica do Direito permite uma melhor compreensão da estrutura normativa e o seu efeito na eficiência e distribuição de direitos.

As virtudes decorrentes da análise das consequências advindas das possíveis interpretações devem ser temperadas com as críticas que são direcionadas ao consequencialismo. Dentre as inúmeras críticas⁹⁵, está a que questiona a simplicidade de raciocínios que dependam de muitos aportes empíricos, contestando, de igual sorte, o caráter

magistrado pragmático na solução de um caso concreto, será única e exclusivamente com um meio para se atingir finalidades sociais relevantes. O juiz pragmático é historicista no sentido de que procura investigar o contexto histórico de emergência de cada doutrina jurídica, em vez de encarar as interpretações e conceitos dogmáticos consagrados como verdades atemporais.” ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.187.

⁹² “If Posner has this contrast in mind, he has misunderstood the embedded approach I defend, which is plainly consequential rather than deontological. It is consequential in its overall aim: it aims at a structure of law and community that is egalitarian in the sense I tried to describe in *Law’s Empire*. And it is consequential in detail: each interpretive legal argument is aimed to secure a state of affairs that is superior, according to principles embedded in our practice, to alternatives. So it cannot be an objection to the embedded approach that it is not sufficiently forward-looking if forward-looking means consequential.” DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 61.

⁹³ Nesse ponto, assinala Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo que: “A economia pode efetivamente produzir um sistema com novas concepções de justiça e de segurança jurídica; obviamente, não sem críticas pertinentes. Ao fazê-lo, a economia poderá redefinir institutos jurídicos que têm impacto sobre a produção e a distribuição de direitos. E o seu efeito sobre as novas técnicas jurídicas poderá ser bastante significativo, ao permitir a consideração de previsões, incentivos e consequências decorrentes das possíveis interpretações por ocasião das ponderações (que confluem julgamentos de valor) e no preenchimento de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais”. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.86-87.

⁹⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.87.

⁹⁵ Ronald Dworkin, por exemplo, rejeita a análise econômica do direito. Vide a respeito. DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980, pp. 191-226.

reducionista da análise econômica. Apresentam tal análise como antagônica à preservação de uma teoria normativa do Direito.

Essas críticas, no entanto, não têm o condão de afastar a análise de consequências, notadamente tendo em vista que a hermenêutica consequencialista que se pretende sustentar no presente trabalho deve ser obrigatoriamente reconduzida ao sistema normativo vigente.

Mais consistente nesse ponto se afiguram as críticas advindas de autores que adotam uma abordagem institucional (esse tema será melhor desenvolvido no item “3” do capítulo quarto). Essa abordagem, embora não afaste a relevância da análise das consequências (efeitos sistêmicos) no processo de tomada de decisão⁹⁶, revela a insuficiência dos modelos de decisão judicial defendidos por Posner e Dworkin, notadamente no que se refere à exaltação das capacidades institucionais do Poder Judiciário e a idealização da figura do juiz.

Adrian Vermeule, por exemplo, afirma que o consequencialismo não pode apenas pressupor a adoção, pelo intérprete, de uma teoria específica. Sugere, em contrapartida, que haja a assunção pelo intérprete de um alto nível de discordância sobre teorias concorrentes⁹⁷.

Os juízes, sob tal ótica, ao analisar as consequências que podem advir de sua decisão, devem reconhecer os limites de suas capacidades e eleger as normas que são mais adequadas à resolução das controvérsias concretas⁹⁸. Essa decisão de segunda ordem já é em si algo que traz consequências sobre o sistema judicial como um todo.

Buscou-se, assim, nesse tópico, evidenciar a relevante contribuição que a análise de consequências pode trazer para o debate jurídico. O compromisso com as consequências de possíveis alternativas decisórias, e a vinculação a princípios que devem ao máximo ser realizados em casos concretos, apresentam-se como as mais importantes contribuições do pragmatismo filosófico e do pragmatismo jurídico - esse último especialmente desenvolvido no campo do direito econômico - para orientar a atuação da Administração e do Judiciário.

A modulação temporal de efeitos, por seu turno, é impulsionada em grande medida por um raciocínio consequencialista, uma vez que nela também se revela presente o

⁹⁶ “Here as elsewhere, our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority.” SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, v.101, n.4, 2003.

⁹⁷ “Dworkin in turn goes wrong, however, to the extent he suggests that consequentialism requires the interpreter to adopt some particular value theory. A central aim of my project is to suggest, and to show, that consequentialists can make progress on interpretive theory by bracketing high-level disagreements about competing value theories.” VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 7.

⁹⁸ “Judges can know the limits of their own knowledge, and when they do, they can make a second-order decision to follow the rules that are best in light of their limited competence as first-order decisionmakers.” VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 6.

compromisso com as consequências de possíveis alternativas decisórias e a vinculação a princípios que devem ao máximo ser realizados em casos concretos. No entanto, conforme será evidenciado no tópico seguinte, os argumentos consequencialistas, suscitados no âmbito da modulação temporal de efeitos, não podem prevalecer, por si só, sobre os demais argumentos (jurídicos ou não) que compõem certo quadro decisório, tal como ocorreria em uma perspectiva tipicamente pragmatista. Os diversos argumentos extrajurídicos, colhidos a partir de uma análise multidisciplinar, devem ser utilizados apenas para reforçar os elementos normativos extraídos da Constituição. É o que se passa a demonstrar.

1.7 Interpretação consequencialista

Os agentes políticos devem, em maior ou menor medida, escolher, dentre as inúmeras informações disponíveis, aquelas que se mostrem relevantes para o desempenho de suas atribuições constitucionais. A análise de tais informações pressupõe, também em alguma medida, um raciocínio consequencialista.

Conforme já evidenciado no corpo desse trabalho, o conjunto de enunciados normativos apresenta apenas a significação inicial do Direito, que se revela em sua completude apenas na relação dialética com os elementos existentes na realidade fática. O intérprete, atento aos aspectos concretos da realidade social, deve buscar satisfazer as prescrições normativas, tornando-as efetivas⁹⁹.

Como também assinalado, o intérprete, partindo da significação inicial extraída de um enunciado normativo, deve revelar o sentido final da norma à luz dos elementos fáticos que lhe são imediatamente subjacentes e do contexto histórico em que se dá a interpretação. Isso significa que devem ser analisados, conjuntamente com as prescrições existentes nos textos normativos, os fatos concretos da vida e da realidade histórica para que se possa identificar o sentido definitivo de uma norma jurídica.

Tudo isso leva a crer que nem sempre será possível aos agentes políticos, notadamente os integrantes do Poder Judiciário, levar a cabo uma interpretação constitucionalmente adequada que faça completa abstração da realidade fática que lhe seja subjacente, bem como das consequências resultantes de uma decisão sobre essa mesma realidade.

⁹⁹ Afirma Alexandre Aragão que: “Na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito (na verdade, o seu aplicador), para ser eficiente, deve buscar compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, através da permeabilização das fronteiras do subsistema jurídico com os demais sistemas sociais, o acoplamento de suas respectivas lógicas, a fim de que as finalidades legais sejam realizadas apenas no ‘Diário Oficial’, mas também na realidade prática do setor regulado.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM Gustavo Binenbojm (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p.306.

No entanto, muito embora a análise de consequências seja algo intuitivo no processo de tomada de decisão, recorrentemente os operadores jurídicos apresentam tal análise como antagônica à preservação de uma teoria normativa do Direito¹⁰⁰. Isso se explica em parte pela predisposição dos operadores do Direito em desenvolver sistemas normativos que se mantenham integralmente coerentes no plano abstrato.

Essa hostilidade decorre igualmente da associação que se faz entre interpretação consequencialista e pragmatismo jurídico, uma das principais correntes filosóficas do direito contemporâneo e que encontra grande prestígio no direito norte-americano, conforme acima se expôs¹⁰¹. Para essa concepção, os efeitos sistêmicos advindos das decisões judiciais devem constituir o elemento decisivo na atuação de juízes e tribunais.

A análise de consequências para a tomada de decisões não deve, contudo, recair no reducionismo que lhe atribui o pragmatismo jurídico. Deve tal análise, ao contrário, ser reconduzida ao sistema normativo, de forma que as consequências advindas da decisão, isoladamente consideradas, não constituam elementos centrais no processo decisório.

Não se trata propriamente de uma simples recondução das consequências ao sistema jurídico. Na verdade, há, conforme já se evidenciou, uma relação dialética entre os fatos – aqui também incluídas as consequências – e as prescrições normativas. Com a constitucionalização do Direito, em especial, dada a maior abertura e fluidez de grande parte das normas constitucionais, essa situação se mostra ainda mais evidente, havendo uma necessária interação entre os elementos fáticos e normativos¹⁰².

As normas jurídicas - e as constitucionais em particular - não podem ser compreendidas fazendo-se uma completa abstração dos elementos reais existentes na sociedade em que será aplicada. Os princípios jurídicos, em especial, dada a elasticidade que lhes é peculiar, decorrente da maior abstração e generalidade, guardam relações de interdependência que se projetam no campo fático. A promoção da finalidade subjacente a um princípio pode interferir na promoção da finalidade de outro, o que torna imprescindível a

¹⁰⁰ Em sentido semelhante: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.172.

¹⁰¹ Cf. por todos: POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

¹⁰² Em sentido semelhante Diego Werneck Arguelhes: “A potencial abertura para a construção de argumentos consequencialistas e para a utilização de insumos extrajurídicos se torna um fenômeno mais relevante em um cenário no qual se afirma que a Constituição é cada vez mais aplicada diretamente pelo Judiciário, inclusive quanto às normas tradicionalmente consideradas ‘programáticas’, verificando-se uma ‘invasão’ das normas constitucionais em espaços tipicamente ocupados pelas normas mais específicas da legislação infraconstitucional.” ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p.92.

análise do contexto fático em que se insere, por certo, o exame das possíveis consequências advindas da decisão judicial.

Aliás, em alguns casos, o próprio legislador exige a análise de consequências. No campo material, emblemático é o preceito estabelecido no *caput* do artigo 20 da Lei n.º 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. De acordo com tal preceito, constituem infração contra a ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir as consequências enumeradas em seus 4 (quatro) incisos, dentre as quais, por exemplo, o domínio de mercado relevante de bens ou serviços¹⁰³.

Ainda no campo material, grande parte das medidas disciplinadoras do direito contratual são igualmente concebidas sob um ponto de vista consequencialista. A disciplina dos contratos não mais é impulsionada unicamente pelos seus elementos clássicos – relacionados tradicionalmente às partes que figuram na relação contratual –, valendo-se também de elementos sistêmicos¹⁰⁴.

É o que ocorre, por exemplo, com alguns dispositivos normativos que disciplinam os contratos de locação. Apesar de haver na legislação algumas medidas no campo procedimental capazes de acelerar a entrega da prestação jurisdicional, há, por outro lado, inúmeros preceitos materiais que buscam assegurar a manutenção dos locatários nos imóveis, objetivando-se, sob um ponto de vista consequencialista, reduzir o déficit habitacional¹⁰⁵.

Na legislação instrumental, inúmeros são os preceitos que igualmente evidenciam a necessidade de que seja promovida uma análise consequencialista. É o que se dá, por exemplo, com o instituto processual da repercussão geral. Recentemente introduzida no âmbito do controle difuso de constitucionalidade como requisito de admissibilidade do

¹⁰³ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

¹⁰⁴ Esse é o magistério de Joaquim de Sousa Ribeiro: “Para além das condições pessoais e situacionais da eficácia vinculativa do contrato, contendo com a capacidade das partes e a regularidade da formação e manifestação da vontade negocial, objecto de refinada análise pela doutrina clássica, passam a ser valoradas, na fixação da disciplina contratual, as condicionantes sistemáticas que nela se projectam. Essa radical mudança de perspectiva assenta na conscientização de que as situações de disparidade de poder, posto se exprimam no nível concreto de cada relação, repercutem mais amplos mecanismos de funcionamento estrutural dos sistemas econômico e jurídico, a que os contraentes dificilmente se podem furtar. O que concomitantemente leva a que o conceito de interesse – central, desde IHERING, no direito privado – assumam expressões colectivas (o interesse dos consumidores, dos trabalhadores, etc.) porque referenciado a características estruturais e a formas organizacionais de produção e consumo de bens nas sociedades dos nossos dias.” RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos – Estudos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 57-74.

¹⁰⁵ O art.46 da Lei n.º 8.245/91, por exemplo, assegura que, nas locações residenciais, a denúncia imotivada do contrato só ocorra em locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses. Conforme afirma Sylvio Capanema de Souza, é objetivo evidente da lei dilatar o prazo inicial dos contratos de locação residencial, assegurando ao locatário maior estabilidade no imóvel. No regime anterior, por outro lado, os contratos costumavam ser celebrados por prazos cada vez mais curtos, nunca superiores a um ano, para permitir aos locadores a retomada, tão logo se expirassem. SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano: direito e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.270.

recurso extraordinário¹⁰⁶, a repercussão geral se caracteriza, dentre outras hipóteses, pela observância de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa¹⁰⁷.

O exame de consequências também se encontra presente na hipótese de suspensão de segurança. De acordo com o art. 4º da Lei n.º 8.437/92, os Presidentes de Tribunais poderão suspender a execução de provimentos liminares concedidos em ações movidas contra o Poder Público, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas¹⁰⁸. Os pressupostos para a suspensão de segurança respaldam-se indiscutivelmente em uma análise consequencialista, não havendo necessariamente uma relação direta ou biunívoca entre o bem tutelado pela medida suspensiva e o bem discutido no processo sobre o qual recaiu o incidente¹⁰⁹.

No âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, destacam-se igualmente a figura do *amicus curiae* (art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9868/99) e a previsão de realização de audiências públicas (art. 9º, § 1º, da Lei n.º 9868/99). Tais inovações legislativas decorrem da constatação de que também no controle abstrato se revela imprescindível a apreensão de elementos fáticos para a adequada compreensão do direito objetivo¹¹⁰.

A imprescindibilidade da verificação de fatos pelo STF, inclusive em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, revela que deve ser promovida uma maior abertura do procedimento judicial a fim de que se permita uma maior participação de sujeitos

¹⁰⁶ A Lei n.º 5.427/09, do Estado do Rio de Janeiro, também estabeleceu o requisito da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso administrativo. Art. 66. Das decisões finais produzidas no âmbito das entidades da administração indireta caberá recurso administrativo, por motivo de ilegalidade, nas mesmas condições estabelecidas neste capítulo, para o titular da Secretaria de Estado à qual se vinculem. §1º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Secretário de Estado, a existência da repercussão geral. §2º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do caso específico em exame.

¹⁰⁷ Nesse sentido é o disposto no art.543-A, § 1º do CPC, com a redação conferida pelo art. 2º da Lei n.º 11.418/06, que regulamentou o § 3º do art.102 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º45/04, que, por sua vez, introduziu o requisito da repercussão geral no ordenamento brasileiro. Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Nos termos do § 3º do mesmo artigo, também haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

¹⁰⁸ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

¹⁰⁹ Nesse sentido RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.161.

¹¹⁰ Nesse sentido Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes: “Restou demonstrado então que até mesmo no controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.” MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868. 2.ed.* São Paulo: Saraiva, 2005, p.272.

que possam auxiliar o Tribunal na apresentação de elementos colhidos da realidade fática, tal como se observa na intervenção do *amicus curiae* e na realização de audiências públicas¹¹¹.

Antes mesmo das inovações legislativas acima mencionadas, o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia consolidado o entendimento de que os chamados legitimados especiais deveriam comprovar o vínculo objetivo de pertinência (pertinência temática) entre o objeto da ação direta e a sua esfera de atribuições. O STF erigiu o vínculo de pertinência temática à condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* nas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembleias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal¹¹².

Para o STF, alguns legitimados ativos – o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, os partidos políticos e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – têm interesse em preservar a supremacia da Constituição por força de suas próprias atribuições institucionais. Já quanto aos demais legitimados, entende o STF que só se admite a propositura de ação direta por parte dos Governadores e das Mesas das Assembleias Legislativas se a lei impugnada disser respeito, de algum modo, às respectivas unidades federadas. E, por parte de confederações sindicais ou entidades de classe, se a norma em causa interferir em interesses dos respectivos filiados ou associados¹¹³.

A própria atividade legislativa não pode se circunscrever a elementos estritamente jurídicos. Deve o legislador colher uma variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada e utilizar conhecimentos interdisciplinares, revelando-se igualmente imprescindível a análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo¹¹⁴.

¹¹¹ No mesmo sentido Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes: “A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.” MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868. 2.ed.* São Paulo: Saraiva, 2005, p.281.

¹¹² O STF consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os universais, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese, e, (ii) os especiais, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada. Veja-se, dentre outros inúmeros precedentes, o seguinte: ADI n.º 1096 MC/RS, Relator o Ministro Celso de Mello. Julgamento em 16/03/1995.

¹¹³ Sobre o tema, vide CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p.162.

¹¹⁴ Nesse sentido é o que dispõe o Manual de redação da Presidência da República: Os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. Eles estão obrigados a colher variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, pesquisa esta que não pode ficar limitada a aspectos estritamente jurídicos. É certo que se faz mister realizar minuciosa investigação no âmbito legislativo, doutrinário e

A análise de consequências no processo de tomada de decisões, de igual sorte, poderá possibilitar o fomento do diálogo entre as instituições, uma vez que o aplicador do Direito, a fim de buscar a solução dos conflitos com o menor índice possível de perturbação social, deverá fazer a análise dos efeitos associados a possíveis alternativas de decisão que se coloquem diante do caso analisado. E, ao assim proceder, poderá eventualmente se aproximar de argumentos prevalecentes nos demais poderes.

Embora não exista frequentemente uma identidade entre os argumentos prevalecentes na esfera de cada poder, a análise de efeitos sistêmicos pode promover uma maior aproximação desses argumentos. As razões econômicas e sociais que influenciam os Poderes Executivo e Judiciário no processo de tomada de decisão podem se revelar mais próximas daquelas que são consideradas pelo Legislativo, reduzindo-se, com isso, o risco de que a matéria seja contestada. De igual sorte, as razões econômicas e sociais que impulsionaram o processo legislativo, mesmo que não sejam vinculantes, poderão influenciar os Poderes Executivo e Judiciário no processo de concretização das normas jurídicas.

Não há, por outro lado, como bem observa Diego Werneck Arguelhes¹¹⁵, nenhum argumento conceitual ou normativo convincente no sentido de afastar completamente a consideração dos efeitos da decisão na argumentação jurídica produzida nos órgãos jurisdicionais¹¹⁶.

Especificamente no caso do Supremo Tribunal Federal, o impacto social sempre foi um critério importante no processo de tomada de decisões. Emblemática nesse sentido foi a decisão proferida no RE n.º 407.688-SP¹¹⁷, onde o Supremo Tribunal Federal proclamou, por maioria de votos, a constitucionalidade da norma que permite a penhora do único imóvel do

jurisprudencial. Imprescindível revela-se, igualmente, a análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo. Somente a realização dessa complexa pesquisa, que demanda a utilização de conhecimentos interdisciplinares, poderá fornecer elementos seguros para a escolha dos meios adequados para atingir os fins almejados. MENDES, Gilmar Ferreira; FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em: 1 jun.2012.

¹¹⁵ “Não há, em princípio, nenhum óbice à recondução de argumentos consequencialistas a ‘pontos objetivamente verificáveis’ do ordenamento jurídico. Não são, portanto, necessariamente menos compatíveis com os ideais do Estado de Direito e da Separação de Poderes do que argumentos lingüísticos ou sistemáticos. Ao contrário: em muitos casos, argumentar com base nas consequências pode ser uma *maneira específica* de obedecer a normas jurídicas, qual seja, a de buscar a *promoção* de estados de coisas cuja consecução o ordenamento jurídico institui como obrigatória.” ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p.44.

¹¹⁶ A análise desses efeitos decorre, ao revés, do preceito estabelecido no art.5º da Lei de Introdução (Decreto n.º 4.657/42, modificado pela Lei n.º 12.376/10) ao determinar que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

¹¹⁷ STF, RE n.º 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluzo, julgamento em 08.02.2006. EMENTA: “FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei n.º 8.009/90, com a redação da Lei n.º 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei n.º 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n.º 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.”

fiador para a satisfação do crédito do credor (art.3º, inciso VII, da Lei n.º 8.009/90, incluído pela Lei n.º 8.245/91).

Conforme observam Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino, em trabalho específico sobre o tema, a interpretação conferida pelo STF colheu elementos fora do campo estritamente jurídico, demonstrando, com isso, uma preocupação com as consequências econômicas e sociais que poderiam advir de um provimento judicial em desfavor da norma jurídica em referência¹¹⁸.

Mais precisamente, preocupou-se o STF com as consequências que o reconhecimento de inconstitucionalidade da previsão normativa de penhora do único imóvel do fiador para a satisfação do crédito do credor poderia acarretar ao mercado de locações, uma vez que haveria uma redução ainda mais acentuada da oferta de imóveis – e, por conseguinte, o aumento do déficit habitacional - ante a eliminação de uma legítima garantia contratual¹¹⁹. Essa análise evidenciou que o direito à moradia, previsto no art.6º da Constituição, seria melhor atendido sistemicamente com a manutenção dessa garantia específica, mesmo que contrariamente aos interesses individuais dos fiadores¹²⁰.

Na hipótese de resultado diverso, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito estabelecido no art.3º, inciso VII, da Lei n.º 8.009/90, tal como propugnavam os votos vencidos, os efeitos sistêmicos gerados pela decisão não só se desvirtuariam dos preceitos constitucionais vigentes, como igualmente provocariam uma inevitável reação por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, dada a necessidade de equacionamento do funcionamento do mercado de locações, que seria substancialmente afetado pela ausência da principal garantia para o adimplemento das obrigações locatícias.

Por força da especificidade do objeto da interpretação constitucional e do vasto alcance de suas decisões, torna-se especialmente necessário que o Tribunal Constitucional tome em consideração as consequências advindas do reconhecimento de

¹¹⁸ “(...) o sentido da regulação estatal sobre os contratos locatícios foi apreendido por meio de uma análise sistêmica que levou em conta elementos econômicos da realidade. Estabeleceu-se, portanto, uma ampliação do espectro de elementos e fatos relevantes para a tomada de decisão, os quais transcendiam as partes do processo.” BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM Gustavo Binenbojm (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p.741.

¹¹⁹ Veja-se a respeito o seguinte trecho do voto do Relator: “A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel.” STF, RE n.º 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluzo, julgamento em 08.02.2006.

¹²⁰ Veja-se também o seguinte trecho do voto do Relator: “Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana –, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança).” STF, RE n.º 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluzo, julgamento em 08.02.2006.

inconstitucionalidade¹²¹. Deve o Tribunal ter em conta as repercussões de suas decisões sobre a realidade fática, bem como sobre os demais órgãos e agentes políticos. Como bem sintetiza Rui Medeiros, o juiz constitucional não pode ser visto como uma espécie de asceta retirado do mundo¹²².

O Judiciário, e o STF em particular, não pode prescindir da análise dos efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma determinada decisão em um dado cenário¹²³. Sob o ponto de vista estratégico, tendo em vista de forma particular o desenho institucional brasileiro, a análise de consequências sistêmicas abre um espaço necessário para o reconhecimento da interdependência entre direito e política. Robert Post, ao analisar a evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, evidencia a interdependência entre direito e política, revelando que os desacordos interpretativos caracterizam uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional, havendo um papel especial a ser desempenhado pelo referido Tribunal nesse processo¹²⁴.

A análise de consequências no processo de tomada de decisões se relaciona diretamente à perspectiva prospectiva na medida em que essa, ao buscar a solução dos conflitos, fará a análise dos efeitos associados a possíveis alternativas de decisão que se coloquem diante do aplicador do Direito, desde que, como demonstrado, os respectivos argumentos possam ser reconduzidos ao sistema de normas estabelecido na Constituição.

O presente trabalho parte da premissa de que os argumentos consequencialistas, suscitados no âmbito da modulação temporal de efeitos, não podem prevalecer, por si só, sobre os demais argumentos (jurídicos ou não) que compõem certo quadro decisório, tal como ocorreria em uma perspectiva tipicamente pragmatista. A modulação temporal de efeitos, ao contrário, é um instrumento vocacionado a dar maior concretude e plena efetividade à Constituição. Os diversos argumentos extrajurídicos, colhidos a partir de uma análise multidisciplinar, devem ser utilizados apenas para reforçar os elementos normativos extraídos da Constituição.

¹²¹ Em sentido similar Richard Posner: “Because constitutional decisions often have great practical consequences, pragmatism has much to contribute to the formulation of sensible principles of constitutional law (...)”. POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, p.23.

¹²² MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.708.

¹²³ Sobre o ponto, afirmam Cass Sunstein e Adrian Vermeule: “In many cases, an understanding of institutional capacities and dynamic effects should enable diverse people, with different views about ideal legal interpretation, to agree on what actual legal interpretation should entail.” SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, v.101, n.4, 2003.

¹²⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v.42, 2007, p. 433: “This essay offers a jurisprudential model, democratic constitutionalism, that explores the deep and inevitable interdependence of constitutional law and politics. Democratic constitutionalism suggests what Carhart so vividly illustrates: Constitutional law embodies a nomos, and fidelity to that nomos demands engagement that is both legal and political.”

A modulação temporal de efeitos deverá, assim, se valer de argumentos institucionais, ou seja, de argumentos que têm como ponto de referência o ordenamento jurídico, possuindo, dessa forma, maior capacidade de objetivação¹²⁵. De fato, embora argumentos de diversos tipos possam ser usados na interpretação jurídica, o critério para se aferir a força de um argumento na decisão judicial é a sua recondução ou não ao ordenamento jurídico.

Por outro lado, para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos devem ser traduzidos em termos de razões públicas¹²⁶. Os argumentos apresentados no debate público não podem decorrer de doutrinas abrangentes ou controvertidas. Devem resultar, ao contrário, de concepções claras e aceitas pelos cidadãos em geral e que se mostrem universalizáveis¹²⁷.

Evidencia-se, dessa forma, que a análise consequencialista, desde que traduzida em razões públicas e reconduzida ao ordenamento jurídico, se apresenta como instrumento vocacionado a dar maior concretude e plena efetividade à Constituição, encontrando largo campo de aplicação na modulação temporal de efeitos. Pode ensejar, de igual sorte, o diálogo entre as instituições ao possibilitar que as razões subjacentes a cada um dos poderes se aproximem, reduzindo-se, com isso, o risco de que a matéria seja contestada por outro poder.

1.8 Síntese das ideias desenvolvidas no capítulo

O modelo dogmático do pós-positivismo revela que, paralelamente à denominada crise da lei, os textos constitucionais passam a definir, paulatinamente, princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente às leis. Com a constitucionalização do direito, os princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais. Esse novo paradigma, associado à adoção de cláusulas abertas

¹²⁵ Veja-se a respeito a distinção feita por Humberto Ávila entre argumentos institucionais e não-institucionais. De acordo com o Autor, os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os chamados não-institucionais. Os argumentos não institucionais, nessa acepção, são argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos. São decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 1.jun.2012.

¹²⁶ No julgamento da ADPF n.º 54, que versava sobre a interrupção de gravidez de feto anencéfalo, o Ministro Marco Aurélio, Relator da ação, pontuou que para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos deveriam ser devidamente “traduzidos” em termos de razões públicas, ou seja, expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença. A respeito, sobrelevou que crença não poderia conduzir à incriminação de suposta conduta de mulheres que optassem por não levar a gravidez a termo, visto que ações de cunho meramente imoral não mereceriam glosa do direito penal. Julgamento em 12.04.12. Informativo STF n.º 661. Acórdão não disponível.

¹²⁷ Esclarece nesse ponto John Rawls que: “(...) com respeito às questões relativas aos elementos constitucionais essenciais e à justiça básica, a estrutura básica e suas políticas públicas devem ser justificáveis perante todos os cidadãos, como requer o princípio da legitimidade política. A isso acrescentamos que, ao fazer essas justificações, devemos apelar unicamente para as crenças gerais e para as formas de argumentação aceitas no momento presente e encontradas no senso comum, e para os métodos e conclusões da ciência, quando estes não são controvertidos.” RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2.ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p.274.

também pelas leis infraconstitucionais, modifica a atividade desempenhada pelo aplicador do Direito. Há, com isso, uma maior liberdade na interpretação e o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito.

Esse modelo igualmente evidencia a relevância do plano fático e da realidade social para a concretização das normas jurídicas. Os fatos colhidos da realidade e os enunciados normativos são elementos inseparáveis da experiência jurídica. A norma jurídica não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que a condicionam, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere. Por outro lado, as normas, inclusive as de natureza constitucional, nem sempre expressam prescrições cuja realização se observe de imediato, pois os fatos reais não correspondem necessariamente ao esquema lógico pressuposto abstratamente.

Nesse contexto, os conceitos jurídicos indeterminados e valores expressos nas normas jurídicas terão seus contornos e limites definidos à luz do caso concreto e a partir de uma leitura sistemática dos diversos elementos normativos incidentes. O aplicador do Direito não deve se contentar apenas com uma imediata maximização parcial da efetividade da norma violada sem consideração das restantes prescrições normativas. O princípio da unidade da Constituição obriga a que sejam tomados em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos.

As leis, em particular, passam a ser submetidas a uma relação de adequação e de subordinação a um estrato mais elevado de Direito estabelecido na Constituição. Há a transfiguração material da legalidade que se converte em princípio da juridicidade. A adoção do princípio da juridicidade, em detrimento do princípio da legalidade estrita, traz, por sua vez, uma nova perspectiva de análise da validade dos atos normativos e dos atos jurídicos em geral.

A análise de consequências pode oferecer instrumental de grande utilidade para alcançar o objetivo de elaboração de intervenções estatais mais racionais. A discussão sobre os impactos sistêmicos da efetiva implementação dos direitos sofisticada o debate jurídico. Os argumentos consequencialistas, no entanto, não podem prevalecer, por si só, sobre os demais argumentos (jurídicos ou não) que compõem certo quadro decisório, tal como ocorreria em uma perspectiva tipicamente pragmatista. Os diversos argumentos extrajurídicos, colhidos a partir de uma análise multidisciplinar, devem ser utilizados apenas para reforçar os elementos normativos extraídos da Constituição.

Essas premissas hermenêuticas estão intimamente relacionadas com a perspectiva prospectiva que delas se alimenta para se justificar e legitimar. A modulação temporal de

efeitos, orientada pelo postulado da unidade da Constituição e pelo princípio da juridicidade, ao dar relevo à realidade social do tempo em que serão aplicadas as normas jurídicas e às consequências sistêmicas, possibilita ampliar a capacidade decisória dos operadores do direito, e, simultaneamente, permite que se tempere o ativismo advindo de uma maior liberdade de interpretação e concretização das normas jurídicas.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E NA INVALIDAÇÃO DE ATOS ILEGAIS

2.1 Controle de constitucionalidade e efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade

O controle de constitucionalidade, e também o de legalidade, consiste em um juízo acerca da validade dos atos jurídicos, abrangendo igualmente a apreciação dos efeitos e consequências por eles produzidos durante a sua vigência¹²⁸.

No controle de constitucionalidade, por força da superioridade hierárquica das normas constitucionais – decorrente do princípio da supremacia da Constituição – nenhum ato jurídico que esteja em desacordo com algum preceito constitucional pode ter uma existência válida. No controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos, em particular, a análise dos efeitos emanados da decisão judicial deve envolver necessariamente a contraposição entre os sistemas norte-americano e austríaco.

De acordo com a concepção tradicional, enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos tem caráter meramente declarativo, o sistema austríaco assume feição de um controle constitutivo de invalidade.

No sistema norte-americano, apregoa-se, como regra, que não se pode pressupor a produção de efeitos por um inconstitucional, uma vez que o reconhecimento judicial de invalidade – de natureza declaratória – deve necessariamente importar na aplicação da sanção de nulidade ao ato inconstitucional¹²⁹.

No sistema austríaco, por sua vez, o provimento judicial de inconstitucionalidade tem natureza constitutiva. Admite-se que o ato normativo impugnado possa produzir efeitos regulares até o pronunciamento da Corte Constitucional ou outro momento posterior que eventualmente seja fixado, quando só então a norma deixará de ter uma existência válida¹³⁰.

¹²⁸ Conforme define Carlos Blanco de Moraes: “A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade consiste em um juízo que tem por escopo atestar a ocorrência do desvalor da invalidade e que, assim, autoriza a libertação dos efeitos repressivos que o ordenamento prevê para atingir tanto o acto inconstitucional ou ilegal, como as consequências jurídicas que este produziu desde o momento em que se gerou o vício.” MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. O direito do contencioso constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 187.

¹²⁹ Conforme aponta Cappelletti: “ (...) segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada absolutamente *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 (preexistente) nulidade* da lei inconstitucional.” CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p.115-116.

¹³⁰ Sobre o ponto, assinala Cappelletti que: “No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa* (‘*aufhebt*’) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é

Como resultado de tais acepções, a eficácia no sistema norte-americano opera, em princípio, *ex tunc*, pois trata-se do mero reconhecimento de uma situação preexistente de nulidade absoluta. No sistema austríaco, ao contrário, em razão da natureza constitutiva da decisão, a eficácia do pronunciamento de inconstitucionalidade opera, em princípio, *ex nunc* ou *pro futuro*, não se admitindo qualquer tipo de retroatividade.

No entanto, exigências práticas levaram à atenuação do rigor teórico da perspectiva da retroatividade no âmbito do sistema norte-americano e da não retroatividade nos ordenamentos jurídicos que adotam o paradigma austríaco¹³¹.

Nos EUA, a despeito da adoção do postulado da nulidade da lei inconstitucional, construído no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, a Suprema Corte, ao julgar posteriormente o caso *Linkletter v. Walker*, em 1965, reconheceu que a questão da retroatividade ou prospectividade dos efeitos da declaração judicial que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei não expressa diretriz constitucional. Nesse precedente, reconheceu a Suprema Corte que a definição dos efeitos configura uma questão de política judicial sujeita à livre valoração a ser feita no caso concreto¹³².

Na Alemanha, os juízes do Tribunal Constitucional Federal, temperando a original concepção de Kelsen acerca da natureza constitutiva da decisão, construíram uma distinção entre mera inconstitucionalidade, ou incompatibilidade com a Constituição, e inconstitucionalidade com nulidade. A primeira categoria não pressupõe a nulidade da norma e sim uma *exortação ao Poder Legislativo* para que a substitua por uma nova norma em prazo fixado judicialmente¹³³. Já a segunda categoria importa não só em reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, como também em proclamar a sua nulidade.

A adoção do critério da inconstitucionalidade prospectiva pelos mais importantes sistemas de justiça constitucional decorre da necessidade de adaptar os preceitos constitucionais à realidade social do tempo em que serão aplicados, buscando-se, com isso,

válida e eficaz. Não é só: mas – coisa ainda mais notável - a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* à publicação ('Kundmachung') de seu pronunciamento, contanto que este diferimento da eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano." CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p.116.

¹³¹ Em sentido similar CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p.122.

¹³² Posteriormente, ao julgar o caso *Stovall v. Denno*, no ano de 1967, a Suprema Corte norte-americana mais uma vez afastou a adoção de soluções extremadas, inclinando-se por reconhecer a livre apreciação dos efeitos decorrentes do reconhecimento judicial de inconstitucionalidade. Nesse sentido CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.ºs 9.869 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.59.

¹³³ Nesse sentido ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Derecho Público*, n. 92, 1989, p. 9.

regular de modo gradual a efetividade da Constituição sem que se observe o risco de conturbação social¹³⁴.

A modulação temporal de efeitos possibilita a continuidade da aplicação da norma inconstitucional até que sobrevenha uma nova e válida deliberação normativa. Objetiva-se, com isso, evitar lacunas normativas geradas pela censura da jurisdição constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes, em trabalho específico sobre a declaração de inconstitucionalidade à luz da jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã, assevera que a proclamação da nulidade do ato viciado em determinadas circunstâncias fático-jurídicas pode ensejar o advento de consequências demasiadamente danosas ao contexto social e ao sistema jurídico em sua integralidade, causando um verdadeiro *caos jurídico*¹³⁵.

A modulação temporal de efeitos, seja em razão de previsão normativa expressa, seja por força de construção jurisprudencial, vem sendo adotada por inúmeros sistemas de controle de constitucionalidade. Além da Alemanha, também a Áustria, Itália, Espanha, França, Portugal e a própria Comunidade Européia (Tribunal de Justiça da Comunidade Européia e Tribunal Europeu de Direitos Humanos) têm adotado fórmulas que permitam a restrição de efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, isso sem falar na já citada jurisprudência americana que acabou por consagrar um modelo mitigador da nulidade absoluta.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal não se mostrou indiferente a essa realidade. Antes mesmo da edição da Lei n.º 9.868/99, pronunciou-se a favor da mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, revelando-se permeável à adoção da operância prospectiva com o objetivo de resguardar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé

¹³⁴ Nesse sentido é o magistério de Eduardo García de Enterría: “La técnica permite, pues, gradualizar progresivamente la efectividad de la Constitución sin el precio de una conmoción social a cada nuevo escalón. La alternativa real a la prospectividad de las Sentencias no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente ésta a las nuevas condiciones sociales, a ‘la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas’. (...) Es, justamente, la relación estrecha entre ambos conceptos (nulidad = catástrofe) la que le ha llevado a buscar en el ordenamiento constitucional otra solución y há creído haberla encontrado en la adopción del criterio de la inconstitucionalidad prospectiva, hoy establecido y admitido por los más importantes sistemas de justicia constitucional e internacional del mundo entero. ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, n. 92, 1989, p.14.

¹³⁵ “Alguns casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade referem-se às chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras (*bedrohliche Rechtslücken*), que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias consequências, podendo ensejar um eventual ‘caos jurídico’. Esses casos têm o seu ponto comum na chamada ‘inexequibilidade da decisão cassatória’ (*Undurchsetzbarkeit der Normaufhebung*). A declaração e nulidade levaria a uma minimização (*Minimierung*), ao invés de levar a uma otimização (*Optimierung*) na concretização da vontade constitucional. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.” MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei – “Unvereinbarkeitser Klärung” – na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 118, 1983.

e situações de todo consolidadas e constituídas previamente à declaração de inconstitucionalidade¹³⁶.

Nos precedentes que antecederam à edição da Lei n.º 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já mitigava o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais, produzindo situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional¹³⁷.

A forma encontrada pelo Supremo para mitigar a teoria da nulidade foi a de reconduzi-la a um juízo de ponderação, contrapondo-a aos valores constitucionais que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da lei declarada inconstitucional. A própria justificativa apresentada para a introdução do preceito estabelecido no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 foi a de permitir que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo de ponderação entre o intitulado princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os princípios da segurança jurídica e do interesse social, de outro¹³⁸.

Evidencia-se, dessa forma, a tendência moderna de se admitir a operatividade prospectiva das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de um ato normativo, com a evolução da retroatividade absoluta para a retroatividade mitigada. Supera-se, com isso, a ideia de que o controle de constitucionalidade consiste simplesmente na submissão das leis à guilhotina anuladora judiciária.

¹³⁶ Sepúlveda Pertence aponta que isso ocorreu, por exemplo, duas vezes em situações em que a realidade fática não correspondia efetivamente ao modelo desenhado pela Constituição em relação à Defensoria Pública. No primeiro precedente considerou-se ainda constitucional o prazo em dobro dado à Defensoria Pública pelas suas precárias condições de funcionamento em relação ao Ministério Público (HC 70514/RS, Relator o Ministro SYDNEY SANCHES, julgamento em 23.03.1994). No segundo, em acórdão de sua relatoria, considerou-se também constitucional o art. 68 do Código de Processo Penal, que legitima o Ministério Público a propor ações de indenização de danos decorrentes de crime (RE 147776/SP, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 19/05/1998). O caso era proveniente do Estado de São Paulo que só em 2006 organizou a sua Defensoria Pública. PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Controles concentrado e difuso no direito constitucional: a eficácia temporal das decisões. *Revista de Direito Público*, n. 246, p.222. A doutrina recorrentemente também cita os seguintes precedentes: RE 78.594 – SP (convalidação dos atos praticados por Oficial de Justiça cuja investidura se deu amparada em lei estadual declarada inconstitucional), julgado em 07/06/1974, e RE 122202 (reconhecimento de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem), julgado em 10/08/1993.

¹³⁷ Dentre os argumentos apresentados pelo Professor Luís Roberto Barroso para, na qualidade de integrante da comissão constituída pelo Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n.º 9.868/99, rejeitar a inovação veiculada pelo preceito estabelecido no art. 27, está justamente o reconhecimento de que: “o STF já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.23.

¹³⁸ Projeto de Lei n.º 2.960/97.

2.2 Teoria da nulidade do ato inconstitucional

A doutrina tradicionalmente apresenta a análise dos atos jurídicos em geral em três planos distintos: o da existência, da validade e da eficácia¹³⁹. O controle de constitucionalidade dos atos normativos se dá no plano da validade. Um ato normativo que contraria a Constituição não é um ato inexistente, pois ingressou efetivamente no mundo jurídico. Trata-se de um ato existente, porém inválido. Em alguns casos, inclusive, poderá o ato normativo contrário à Constituição ensejar a produção de outros atos e relações jurídicas concretas, notadamente em virtude da presunção geral de constitucionalidade dos atos normativos.

Muito embora no campo das obrigações em geral, a invalidade de um determinado ato conduza à cominação das sanções de nulidade ou anulabilidade conforme a maior ou menor gravidade do vício apresentado¹⁴⁰, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a doutrina tradicionalmente atribui exclusivamente a sanção da nulidade aos atos normativos inconstitucionais¹⁴¹.

Da cominação de nulidade e não de mera anulabilidade ao ato normativo incompatível com a Constituição, decorre o caráter declaratório, com efeitos *ex tunc*, da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade¹⁴². A concepção originária do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro inspirou-se no modelo norte-americano que, como já visto, tem originariamente o caráter de um controle meramente declarativo, uma vez que reconhece um vício preexistente, congênito à edição do ato.

No cenário norte-americano – reitera-se –, adota-se, como regra, a premissa segundo a qual não se pode pressupor a produção de efeitos por um inconstitucional, uma vez que o reconhecimento judicial de invalidade – de natureza declaratória – deve necessariamente importar na aplicação da sanção de nulidade ao ato inconstitucional¹⁴³.

Essa premissa foi estabelecida no julgamento do caso *Marbury v. Madison* em 1803. Naquela oportunidade, o *Justice* Marshall sustentou a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei, apesar do silêncio da Constituição norte-americana nesse particular.

¹³⁹ Sobre o tema vide BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.78-81.

¹⁴⁰ Vide art. 166 e seguintes do Código Civil.

¹⁴¹ “Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito.” BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.80.

¹⁴² Nesse sentido BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.91-92.

¹⁴³ Nesse sentido CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p.115-116.

Essa possibilidade de controle decorreria, segundo a Suprema Corte, da supremacia da Constituição sobre as leis¹⁴⁴.

O reconhecimento da supremacia da Constituição conduziria, de igual sorte, à suposição de que as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito, sendo de natureza declaratória o provimento judicial que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, produzindo, assim, efeitos retroativos. As leis inconstitucionais seriam nulas de pleno direito porque, desde o início, violariam normas hierarquicamente superiores da Constituição¹⁴⁵.

No entanto, ao julgar o caso *Linkletter v. Walker* em 1965, hipótese em que se reconheceu a invalidação de norma que dispunha sobre a produção de provas em processos penais, a Suprema Corte atenuou o rigor do postulado da nulidade, atribuindo efeitos *ex nunc* à decisão. Reconheceu-se nesse precedente que a definição dos efeitos, por não decorrer de comando constitucional específico, não deve observar uma disciplina rígida, que apregoe apenas a atribuição de eficácia retroativa, configurando, ao revés, uma questão de política judicial sujeita à livre valoração a ser feita no caso concreto¹⁴⁶.

Posteriormente, ao julgar o caso *Stovall v. Denno*, no ano de 1967, a Suprema Corte norte-americana mais uma vez afastou a adoção de soluções extremadas, inclinando-se por reconhecer a livre apreciação dos efeitos decorrentes do reconhecimento judicial de inconstitucionalidade¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Veja-se o seguinte trecho da decisão: “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.” *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*. Supreme Court of the United States. 5 U.S 137. February, 1803.

¹⁴⁵ “Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.” *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*. Supreme Court of the United States. 5 U.S 137. February, 1803.

¹⁴⁶ Veja-se o seguinte trecho da decisão: “(...) we believe that the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect. As Justice Cardozo said, ‘We think the federal constitution has no voice upon the subject.’” *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965). Sobre o ponto, anota Laurence H. Tribe: “in *Linkletter v. Walker*, the Court rejected both extremes: ‘the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect.’” Quoting Justice Cardozo for the proposition that “the federal constitution has no voice upon the subject,” the *Linkletter* Court treated the question of retroactivity as purely a matter of policy, to be decided anew in each case. The Supreme Court codified the *Linkletter* approach in *Stovall v. Denno*: ‘The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards’. (...) Formally, *Linkletter* and *Stovall*, by treating retroactivity as purely a matter of policy, adopt a point of view which treats the effect of a judgment of unconstitutionality as purely a question of remedy, thus emphasizing the adjudicatory rather than the constitutional aspect of constitutional adjudication.” TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2th ed. New York: The Foundation Press, 1988, p.30. No mesmo sentido CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.ºs 9.869 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.59.

¹⁴⁷ *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967). Conforme atesta Bradley Scott Shannon: “the Court held that in appropriate cases the Court may in the interest of justice make the rule prospective. To determine when justice required that a rule have retroactive effect, the Court resolved to weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation. The Court went on to reject retrospective application of the *Mapp* decision after considering ‘the purpose of the [new] rule; the reliance placed upon the [prior] doctrine; and the effect on the administration of justice’.” SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v.26, n.3, 2003. No mesmo sentido

A adoção da perspectiva prospectiva nos EUA atingiu seu auge nas décadas de 60 e 70. Os últimos casos registrados, no entanto, representam uma transição para o retorno à fase inicial¹⁴⁸. Mais precisamente, no caso *Griffith v. Kentucky*, julgado no ano de 1987, a Suprema Corte superou o precedente *Linkletter v. Walker*, oportunidade em que reconheceu ser a modulação de efeitos temporais uma atividade essencialmente legislativa, e, portanto, contrária à natureza da revisão judicial¹⁴⁹.

Muito embora a jurisprudência da Suprema Corte tenha superado o precedente *Linkletter v. Walker*, verifica-se que mesmo no cenário norte-americano já se reconheceu que a declaração de invalidade de um ato jurídico não deve importar necessariamente na cominação de nulidade. O ato inválido, de fato, não deve produzir efeitos como regra geral, mas as circunstâncias fáticas subjacentes ao caso que se esteja analisando podem justificar a preservação de efeitos produzidos pelo ato inválido¹⁵⁰.

Não se pode adotar uma concepção rígida acerca dos efeitos advindos do reconhecimento de inconstitucionalidade - e da invalidação das normas jurídicas em geral -, uma vez que a realidade social nem sempre corresponderá ao esquema formal que preconiza a não atribuição de efeitos aos atos inválidos. Como regra – reitere-se – não se deve atribuir quaisquer efeitos aos atos inconstitucionais, mas, excepcionalmente, as circunstâncias fáticas poderão evidenciar que outros valores constitucionais serão igualmente atingidos pela integral cassação de efeitos¹⁵¹.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nºs 9.869 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.59.

¹⁴⁸ “This experiment with prospectivity reached its peak in the 1960s and 1970s, when the Supreme Court of the United States applied various forms of prospectivity in certain criminal cases on collateral review, and then in certain criminal and civil cases on direct review. Eventually, the Court reverted to a firm rule of retroactive application in criminal cases on direct review, and it now appears to have done the same in the civil arena.” SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v.26, n.3, 2003.

¹⁴⁹ Destaque-se o seguinte trecho da decisão: “For the same reasons that persuaded us in *United States v. Johnson* to adopt different conclusions as to convictions on direct review from those that already had become final, we conclude that an engrafted exception based solely upon the particular characteristics of the new rule adopted by the Court is inappropriate.” *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987), 479 U.S. 314.

¹⁵⁰ Conforme afirma Rui Medeiros: “(...) a ausência absoluta de aptidão para produzir efeitos não é requisito logicamente indispensável ao conceito de nulidade. O acto nulo, em princípio, não é apto para desencadear efeitos conformes com o seu conteúdo. Mas excepcionalmente, em particular por razões de protecção da confiança e da boa-fé, pode produzi-los. Lembrem-se as situações de *putatividade*, e designadamente a do casamento putativo.” MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.762-763. Veja-se no ordenamento jurídico nacional a situação do casamento putativo disciplinada pelo art. 1.561 do Código Civil: Art. 1.561 Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

¹⁵¹ Veja-se a respeito Rui Medeiros: “Deve tão-somente reconhecer-se que a figura da inconstitucionalidade não constitui uma figura unitária. E, se na generalidade dos casos a norma inconstitucional é nula, a consideração de outros interesses constitucionalmente protegidos impõe, excepcionalmente, a sua simples anulabilidade”. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.765.

Observa-se, assim, que embora a nulidade configure a consequência ordinária para o reconhecimento de inconstitucionalidade, situações fático-normativas específicas poderão conduzir o juiz a adotar soluções em prol da anulabilidade do ato, tudo de forma a contribuir para que se prestigie a maior efetividade da Constituição. A dissociação entre nulidade e inconstitucionalidade, inclusive, já foi reconhecida no seio do sistema jurídico norte-americano, que originariamente associou tais ideias de forma indissolúvel¹⁵².

2.3 Teoria da anulabilidade do ato inconstitucional

Em contraposição ao postulado da nulidade, alguns sistemas jurídicos não atribuem a sanção da nulidade automaticamente aos atos normativos inconstitucionais. As decisões judiciais em tais sistemas, do qual o austríaco é paradigmático, são constitutivas. Os efeitos decorrentes desse controle constitutivo de invalidade operam-se a partir do reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pela decisão judicial (efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*), não se admitindo, em regra, qualquer retroatividade da eficácia da decisão.

Ao colaborar com a redação da Constituição da Áustria de 1920, Kelsen concebeu um modelo concentrado de constitucionalidade que depois se estendeu a vários países europeus. Nesse modelo foi criado um órgão judicial – a Corte Constitucional – dotado de competência exclusiva para o exercício do controle de constitucionalidade dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo.

A construção desse modelo de jurisdição constitucional foi pautada pelo objetivo de se assegurar o exercício regular das funções estatais. Para Kelsen, a função política da Constituição é a de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder¹⁵³. A Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória no sentido técnico.

Kelsen, em contraposição à Carl Schmitt - para quem o intérprete autorizado da Constituição seria o Presidente da República -, afirma que não se pode atribuir o controle de

¹⁵² Reconhecendo a dissociação entre nulidade e inconstitucionalidade, anota Canotilho que: “(1) inconstitucionalidade e nulidade não são conceitos idênticos; (2) a nulidade é um resultado da inconstitucionalidade, isto é, corresponde a uma reacção de ordem jurídica contra a violação de normas constitucionais; (3) a nulidade não é uma consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade, pois tal como na doutrina civilística a *ilicitude* de um acto pode conduzir à nulidade ou anulabilidade, e, na doutrina administrativa, a *ilegalidade* pode ser suscetível de ter como reacção desfavorável a nulidade ou anulabilidade, também a inconstitucionalidade é susceptível de várias sanções, diversamente configuradas pelo ordenamento jurídico.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 953.

¹⁵³ “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados.” KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In _____. *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.240.

constitucionalidade exatamente para quem pode representar a maior ameaça ao descumprimento das disposições constitucionais¹⁵⁴.

Defende, com isso, que se atribua à Corte Constitucional o exercício do controle de constitucionalidade, muito embora reconheça os problemas teóricos envolvidos na criação do controle concentrado de constitucionalidade. Um deles diz respeito à natureza da função jurisdicional, tradicionalmente considerada como a de aplicação da lei a um caso concreto e que no controle concentrado pode consistir no julgamento em tese sobre a constitucionalidade da lei, ou seja, na fixação de um juízo não sobre fatos, mas diretamente sobre normas, constituindo uma intromissão no Poder Legislativo.

Como forma de minimizar tal problema, sustenta Kelsen, sob o ponto de vista conceitual, que a Corte Constitucional não desempenharia propriamente uma função jurisdicional¹⁵⁵, bem como afasta uma pretensa contradição entre funções jurisdicionais e *políticas*¹⁵⁶. Já sob o ponto de vista instrumental, constrói um modelo de controle de constitucionalidade extremamente reverente ao legislador.

Mais precisamente, Kelsen concebe um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, admitindo que apenas um órgão do Poder Judiciário – o Tribunal Constitucional – promova a invalidação dos atos normativos atentatórios à Constituição. Afasta Kelsen a possibilidade de que os demais órgãos que integram o Poder Judiciário também exerçam funções *políticas*, reduzindo-se, com isso, o campo de revisão judicial dos atos legislativos.

Além disso, distancia-se do modelo norte-americano também no que se refere à natureza do provimento jurisdicional que reconhece a inconstitucionalidade do ato normativo. No modelo construído por Kelsen, essa decisão tem natureza constitutiva, ou seja, a norma só deixa de ser válida a partir do reconhecimento judicial de inconstitucionalidade. Enquanto não for revogada ou declarada inconstitucional, a lei deve ser considerada como válida¹⁵⁷.

¹⁵⁴ “Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la.” KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In _____. *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.240.

¹⁵⁵ “(...) a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no ‘poder legislativo’, como se costuma dizer. Mas o caráter problemático dessa argumentação logo salta aos olhos, ao se considerar que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência dos seus membros, é organizado em forma de tribunal.” KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In _____. *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.151.

¹⁵⁶ “O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a ‘verdadeira’ jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. (...) Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa.” KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In _____. *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.251.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.300.

A natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade importa, consequentemente, na atribuição a ela de efeitos prospectivos, preservando-se os efeitos produzidos pela norma até o momento em que a Corte Constitucional reconhecer o vício de inconstitucionalidade

Esse modelo tem, além da natureza constitutiva, também caráter geral, pois a decisão de inconstitucionalidade surtirá efeitos para todos que estejam sob o alcance da norma, mesmo para aqueles que não figuraram formalmente na respectiva relação processual. Diz-se, assim, que os efeitos operam-se *erga omnes*¹⁵⁸.

A decisão de inconstitucionalidade tem, assim, como regra geral, eficácia não retroativa (*ex nunc*). Pode igualmente ter eficácia *pro futuro*. Mais especificamente, dispõe a Constituição da Áustria, em seu art. 140, n.º 5, que a decisão opera seus efeitos no dia de sua publicação (*ex nunc*) se o Tribunal Constitucional não estabelecer outro prazo posterior (*pro futuro*) não superior a 18 (dezoito) meses¹⁵⁹.

Admite-se no sistema austríaco, no entanto, a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade no que se refere ao caso concreto onde foi suscitada a questão de inconstitucionalidade¹⁶⁰.

Assim como o modelo austríaco, diversos outros sistemas jurídicos têm adotado modalidades assemelhadas quanto à restrição de efeitos das decisões de inconstitucionalidade. É o caso, por exemplo, da Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, França e da própria Comunidade Européia (Tribunal de Justiça da Comunidade Européia e Tribunal Europeu de Direitos Humanos).

¹⁵⁸ Em sentido similar Cappelletti: “Com efeito, o sistema austríaco tem, além do caráter ‘constitutivo’, também caráter ‘geral’, ou seja, dá origem a uma anulação que, não obstante com eficácia não retroativa, mas *ex nunc* ou *pro futuro*, opera, porém, *erga omnes*, pelo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* (‘eficácia geral’). A lei, em outras palavras, uma vez sobrevindo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido abrogada por uma lei posterior.” CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p.117-118.

¹⁵⁹ Art. 140. (5) The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para 4 above. The rescission enters into force upon expiry of the day of publication if the Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months.

¹⁶⁰ Nesse sentido Rui Medeiros: “Mas esta regra da eficácia *pro futuro* da anulação não vale ilimitadamente. Além da possibilidade de o Tribunal Constitucional optar pela anulação com eficácia *pro praeterito*, ainda que com ressalva dos casos julgados, a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroactiva em relação ao caso concreto que esteve na base do controlo de constitucionalidade da lei.” MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.536. Veja também no mesmo sentido Cappelletti: “(...) o sistema austríaco tal como reformado em 1929 – que, repita-se, é o sistema ainda hoje vigente na Áustria – admitiu uma parcial atenuação da concepção que fora rigorosamente adotada, em 1920, segunda a qual aos pronunciamentos da Corte Constitucional é negada qualquer retroatividade. Isto é, o sistema reformado de 1929 admitiu que – *limitadamente ao caso concreto*, por cuja ocasião tenha surgido ‘em via de exceção’, a questão de constitucionalidade – a lei contrária à Constituição deva, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento.” CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, p.121-122.

Na Alemanha, ao lado da declaração de nulidade, desenvolveu a Corte Constitucional Federal, outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. O Tribunal Constitucional Federal criou esse tipo de decisão a despeito de não haver autorização legislativa, contrariando, inclusive, uma lei relacionada ao Tribunal que tomava como ponto de partida a existência de um vínculo necessário entre inconstitucionalidade e nulidade¹⁶¹.

Encontra-se a matéria atualmente disciplinada por lei infraconstitucional. Conforme assinala Gilmar Ferreira Mendes, desde 1970 prevê o § 31, (2), 2.º e 3.º períodos, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, que o Tribunal poderá proferir decisões de inconstitucionalidade com ou sem a pronúncia da nulidade de uma lei¹⁶². Essa lei, no entanto, não delimita as hipóteses de cabimento da modulação e as consequências que a decisão deve ter¹⁶³.

O Tribunal Constitucional Federal utiliza com frequência a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, pois considera que o vácuo normativo deixado pelo reconhecimento de inconstitucionalidade pode se revelar ainda mais grave sob o ponto de vista constitucional do que a provisória manutenção dos efeitos do ato inválido¹⁶⁴. Com o objetivo de afastar a situação de omissão inconstitucional gerada pelo afastamento da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, esse tipo de decisão preserva provisoriamente a norma inválida e pressiona o legislador a suprimir a situação inconstitucional com a edição de um novo ato normativo¹⁶⁵.

¹⁶¹ Nesse sentido SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.194.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei – “Unvereinbarkeitserklärung” – na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 118, 1983, p.64-65. Versão em espanhol do § 31, (2), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal: “En los casos del § 13 n.º 6, 11, 12 y 14, la decisión de la Corte Constitucional Federal tiene fuerza de ley. Esto vale también en los casos del §13, n.º 8, a, quando la Corte Constitucional Federal declare que una ley es compatible o incompatible con la Ley Fundamental o declare su nulidad. En la medida que una ley sea declarada compatible o incompatible o nula, el texto de la decisión deberá ser publicado por el Ministro Federal de Justicia en el Boletín Leyes Federales. Lo mismo vale para el texto de la decisión en los casos del § 13 n.º 12 y 14.”

¹⁶³ Nesse sentido SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.194.

¹⁶⁴ “El T.C.F. utiliza cada vez más frecuentemente este tipo de decisión. Este incremento implica un paulatino distanciamiento de aquellos primeros casos que, desde el punto de vista dogmático, eran claros de delimitar (como por ejemplo la exclusión de ventajas declarada inconstitucional), y en los que este tipo de decisión era inevitable. Actualmente opta por la declaración de inconstitucionalidad simple, ya que estima ‘aún más inconstitucional’ suprimir la norma sin reemplazarla que continuar aplicándola temporalmente.” SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.196.

¹⁶⁵ Nesse sentido SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.197.

O Tribunal Constitucional Federal vale-se ainda, conforme assinala Klaus Schlaich, de uma modalidade de decisão que propicia um diálogo ainda mais intenso com o Poder Legislativo. Trata-se de hipótese em que o referido Tribunal reconhece a constitucionalidade de uma lei, mas faz uma *chamada ao legislador* para que sejam editados novos atos legislativos que propiciem uma situação de plena constitucionalidade ou que aprimorem ou previnam situações de futura inconstitucionalidade¹⁶⁶.

Essa orientação alemã põe em evidência que o Poder Judiciário – e o Tribunal Constitucional em especial – também deve levar em consideração as consequências políticas de suas decisões¹⁶⁷. Na hipótese, o Tribunal poupa o legislador de uma invalidação imediata de sua atividade, outorgando-lhe uma margem de atuação suplementar, e, simultaneamente, elimina o risco de eventuais obstáculos ao cumprimento de sua decisão.

Na Itália¹⁶⁸, assim como em Portugal¹⁶⁹, há dispositivos constitucionais expressos que disciplinam os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo, todos eles possibilitando a não retroatividade, o que deixa o controle de constitucionalidade mais próximo da teoria da anulabilidade.

Na Itália, a norma declarada inconstitucional cessa a sua eficácia no dia seguinte ao da publicação da decisão, salvo se o Tribunal Constitucional não fixar outro prazo para a cessação de sua vigência. Trata-se de um efeito análogo ao da revogação¹⁷⁰. A lei continua aplicável às situações consolidadas até o prazo fixado pelo Tribunal¹⁷¹.

Na Espanha, o art. 39.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alude, como na Alemanha, à sanção de nulidade como efeito da declaração de inconstitucionalidade de uma

¹⁶⁶ “El método de declarar una ley afectada de ‘inconstitucionalidad simple’ para mantener excepcionalmente la validez de una ley inconstitucional, sugiere otra variante de decisión: el T.C.F. constata la constitucionalidad de la ley, pero hace una llamada al legislador para que actúe en el sentido de propiciar una situación jurídica plenamente constitucional, o para prevenir una futura inconstitucionalidad”. SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.199.

¹⁶⁷ Nesse sentido SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.201.

¹⁶⁸ Art.136. Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge [134], la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

¹⁶⁹ Art.282º, número 4: Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

¹⁷⁰ L’effetto della decisione della Corte Costituzionale è dunque, per il futuro, un effetto sostanziale análogo all’abrogazione; per il passato un effetto processuale il quale, però, si riflette naturalmente sul piano dei rapporti sostanziali in corso. ZAGREVBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Il Mulino, 1988, p. 266.

¹⁷¹ Nesse sentido PIZZORUSSO, Alessandro. El Tribunal Constitucional Italiano. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 233-266.

norma¹⁷². O art. 40-1 da mesma lei, por sua vez, apenas salvaguarda o caso julgado relativamente aos efeitos repressivos da decisão de inconstitucionalidade, o que permitiria inferir que todos os restantes atos de aplicação da norma inválida seriam também nulos¹⁷³.

O Tribunal Constitucional Espanhol, no entanto, salvaguardou outras situações jurídicas além do caso julgado, chegando a invocar a sua própria liberdade para decidir caso a caso¹⁷⁴. A modulação temporal de efeitos, no entanto, não seria automática, não podendo ser utilizada de forma indiscriminada pelo Tribunal. Decorreria ela, ao contrário, das exigências impostas pelas circunstâncias fáctico-normativas do caso concreto¹⁷⁵.

Na França, a disciplina da matéria foi recentemente modificada por força da reforma constitucional de 2008. Essa reforma importou na modificação da redação da primeira alínea do art. 62 da Constituição da França, subdividindo-a em duas novas alíneas. A segunda alínea desse artigo, embora reconheça que, em princípio, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade serão produzidos a partir de sua publicação, permite agora, de forma expressa, que o Conselho Constitucional determine as condições e limites dentro dos quais os efeitos que a disposição normativa tenha produzido são suscetíveis de serem reconhecidos em causa¹⁷⁶.

¹⁷² Artículo 39.1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

¹⁷³ Artículo 40.1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

¹⁷⁴ Essa orientação foi consolidada com a prolação da Sentença Constitucional n.º 45, de 20 de fevereiro de 1989, pelo Tribunal Constitucional Espanhol. Dentro do tópico que enfrentou a questão da modulação temporal dos efeitos, veja-se o seguinte trecho: “La primera de tales precisiones es la que arranca de la constatación de que los preceptos de la ley 44/1978 declarados inconstitucionales formaban parte de un sistema legal cuya plena acomodación a la constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el regimen del impuesto sobre la renta de las personas físicas en terminos compatibles con la constitucion. La infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del regimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues, como es obvio, tal hipotética equiparación no solo desconocería la legitimidad constitucional, repetidamente afirmada en esta sentencia, que en principio tiene la sujeción conjunta al impuesto, sino que también habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad y permanecen, por consiguiente, en vigor, una vez depurada la ley de las disposiciones viciadas.”

¹⁷⁵ Nesse ponto, anota Carlos Blanco de Moraes que: “(...) o que o Tribunal vem fazendo não implicaria uma liberdade absoluta de decisão à margem do direito vigente, mas sim uma extensão da salvaguarda do caso julgado a situações administrativas ‘consolidadas’. Extensão que não seria ‘automática’, mas casuística, atentas as circunstâncias e princípios constitucionais em jogo, entre os quais figuraria a natureza da inconstitucionalidade, pois não deveria receber o mesmo tratamento, um vício consequente derivado da violação de uma regra constitucional de forma ou competência e o que resulta da ofensa a regras que rejam direitos fundamentais.” MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. O direito do contencioso constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.218.

¹⁷⁶ Article 62. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l’article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l’article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d’une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d’être remis en cause.

Essa reforma constitucional, por outro lado, ampliou significativamente o âmbito de atuação do Conselho Constitucional ao criar um incidente de inconstitucionalidade submetido à sua jurisdição¹⁷⁷. Esse incidente, suscitado em processo onde se alegue violação aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição, será submetido ao Conselho Constitucional pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação. A utilização desse novo incidente inevitavelmente implicará a maior necessidade da modulação de efeitos temporais, uma vez que serão inúmeras as situações jurídicas que se encontram na base do controle de constitucionalidade do ato normativo.

Na Comunidade Européia, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos adotam o *princípio da abertura jurisdicional* quanto aos efeitos da decisão que proclama a invalidade de uma norma jurídica¹⁷⁸. Mais especificamente, há previsão normativa expressa no Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Européia, que permite a modulação temporal de efeitos¹⁷⁹.

No Brasil, a doutrina tradicionalmente atribui a cominação de nulidade, e não de mera anulabilidade, ao ato normativo incompatível com a Constituição. Atribuem-se efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade (efeitos *ex tunc*)¹⁸⁰. A concepção originária do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro inspirou-se no modelo norte-americano que, como já visto, pressupõe ser de natureza declaratória a decisão de inconstitucionalidade, reconhecendo um vício preexistente de invalidade, congênito à edição do ato.

No entanto, como também já assinalado, a modulação temporal de efeitos também é admitida no Brasil onde há, inclusive, dispositivo legal expresso - Lei n.º 9.868/99 - em prol de sua admissibilidade no controle abstrato de constitucionalidade. Mesmo antes da edição dessa lei, no entanto, o STF já havia se pronunciado a favor da mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, revelando-se permeável à adoção da operância prospectiva com o objetivo de resguardar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé e

¹⁷⁷Article 61-1. Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

¹⁷⁸ Nesse sentido CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.ºs 9.869 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.80-81.

¹⁷⁹Article 174. If the action is well founded, the Court of Justice shall declare the act concerned to be void. In the case of a regulation, however, the Court of Justice shall, if it considers this necessary, state which of the effects of the regulation which it has declared void shall be considered as definitive. Conforme assinala Rui Medeiros: "Os autores dos tratados acharam conveniente limitar as perturbações que poderiam resultar do completo restabelecimento do *status quo ante*, permitindo ao Tribunal decidir, *quando o considerar necessário*, que não sejam postos em causa certos efeitos produzidos pelo acto impugnado." MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.686.

¹⁸⁰ Veja-se por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.91-92.

situações de todo consolidadas e constituídas previamente à declaração de inconstitucionalidade.

Observa-se no Brasil, de igual sorte, a aproximação entre os modelos de controle por via incidental e por via principal, fato esse que, associado ao crescimento da complexidade das circunstâncias fático-normativas, tende a tornar a disciplina dos efeitos das decisões judiciais de inconstitucionalidade mais próxima da teoria da anulabilidade, admitindo-se a atribuição de efeitos não retroativos à decisão¹⁸¹. Ao se considerar que tal fato amplia ainda mais a capacidade decisória do Poder Judiciário, e permite uma adequada ponderação entre todos os princípios constitucionais envolvidos ou afetados por uma determinada decisão, é de se concluir que a modulação temporal de efeitos decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade.

2.4 Disciplina normativa da modulação temporal de efeitos

No ordenamento jurídico brasileiro, a modulação temporal dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade foi formalmente disciplinada pela Lei n.º 9.868/99¹⁸², que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Nela há enunciado normativo expresso que permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27).

O preceito em referência é resultante do Projeto de Lei n.º 2.960/97, cuja justificativa se deu da seguinte forma:

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo 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). Assim, o princípio da nulidade somente será 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.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão

¹⁸¹ Mesmo reconhecendo-se essa aproximação, buscar-se-á demonstrar no terceiro capítulo que a modulação temporal de efeitos seja utilizada com maior flexibilidade em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que os efeitos advindos desse tipo de controle atingem o ato normativo abstratamente considerado, o que o aproxima do regime jurídico conferido à própria produção normativa que, por sua vez, pressupõe efeitos para o futuro e só excepcionalmente retroativos.

¹⁸² Contemporânea à Lei n.º 9.868/99 é a Lei n.º 9.882/99 que, em seu art. 11, estabelece preceito idêntico àquele previsto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, mas direcionado ao julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Posteriormente, como já afirmado, foi editada a Lei n.º 11.417/06 que, em seu art. 4º, possibilita a modulação dos efeitos do enunciado de súmula vinculante editado pelo Supremo Tribunal Federal.

da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.¹⁸³

Conforme consignado na referida exposição de motivos, a proposta de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é coerente com a evolução constatada no direito constitucional comparado, notadamente nas experiências alemã e austríaca.

De fato, tendo em vista as consequências que a invalidação retroativa pode acarretar ao ordenamento jurídico, por alcançar inúmeras relações jurídicas estabelecidas com base na norma inconstitucional, concebeu-se um mecanismo decisório mais flexível que permite a harmonização dos inúmeros valores constitucionais em conflito, evitando-se, assim, que eventuais obstáculos políticos inibam a pronta atuação do Poder Judiciário¹⁸⁴.

Dentre as circunstâncias que evidenciam esses obstáculos sobressai aquela em que a eliminação de uma norma pode produzir situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional. É o caso, sem dúvida, da anulação de relações jurídicas estabelecidas por indivíduos de boa-fé que se respaldaram em atos normativos que, à época, eram dotados de presunção de constitucionalidade.

Essas circunstâncias são ainda mais agravadas no caso brasileiro em razão da morosidade ínsita ao procedimento das ações diretas. Mesmo em sede cautelar, não há, como regra, o pronto pronunciamento do Tribunal em decorrência do desvirtuamento na interpretação do preceito estabelecido no art.12 da Lei n.º 9.868/99¹⁸⁵.

A possibilidade de a Corte Constitucional modular os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, por seu turno, pode se referir: i) ao passado, limitando-se a

¹⁸³ Exposição de Motivos n.º 189, de 07/04/97, ao Projeto de Lei n.º 2.960/97.

¹⁸⁴ Em sentido similar Roberto Romboli: “En consideración a las consecuencias que pueden derivarse para el ordenamiento de la declaración de inconstitucionalidad, se ha hablado en los últimos años de dotar a la Corte constitucional, sobre la base de la experiencia alemana y austríaca, de instrumentos decisorios que le permitan limitar o retardar la eficacia de las propias resoluciones de inconstitucionalidad, para evitar los que Alessandro Pace ha llamado ‘obstáculos políticos’, que podrían impedir que la Corte, aun estando plenamente convencida de la inconstitucionalidad de la ley impugnada, no se atreva a llegar a una declaración de ilegitimidad.” ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. Trad. Ignacio Torres Muro. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.48, p.70.

¹⁸⁵ A pretexto de se assegurar maior segurança na apreciação de medidas cautelares que versem sobre matérias relevantes e dotadas de especial significado para a ordem social e a segurança, os Ministros do STF têm adotado o rito procedimental estabelecido no art. 12 da Lei n.º 9.868/99, submetendo inúmeras demandas diretamente ao Órgão Plenário para julgamento definitivo, o que acaba por retardar demasiadamente a apreciação de pleitos cautelares (Art.12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação).

retroatividade da decisão declaratória de inconstitucionalidade, ou, ii) ao futuro, retardando-se a declaração de inconstitucionalidade a fim de que o Parlamento seja instado a intervir¹⁸⁶.

Em ambas as hipóteses, a modulação temporal de efeitos decorre primordialmente dos princípios da proteção da confiança¹⁸⁷ e da segurança jurídica - esse último expressamente referido no art. 27 da Lei n.º 9.868/99¹⁸⁸ - já que a certeza e a clareza quanto às obrigações do Estado e aos deveres dos cidadãos são diretamente relacionadas à estabilidade da atividade estatal.

A modulação temporal de efeitos, contudo, não se circunscreve apenas às hipóteses que envolvem a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, aplicando-se igualmente a qualquer outra situação em que a eliminação de um ato normativo poderia produzir situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional, impondo-se em todo caso um necessário sopesamento entre os princípios colidentes¹⁸⁹.

No que se refere ao futuro, o retardo da declaração de inconstitucionalidade irá evitar não só situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista fático-constitucional, como também permitirá um legítimo diálogo institucional, instando os demais poderes a integrar o processo decisório que, assim, será revestido de maior legitimidade.

É o que se buscará demonstrar a partir de uma breve digressão sobre alguns conceitos indispensáveis à análise que se pretende empreender.

2.5 A perspectiva prospectiva na invalidação de atos ilegais

Estabelecidas as premissas centrais concernentes à utilização da modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade, cumpre aqui evidenciar que a lógica prospectiva

¹⁸⁶ No mesmo sentido ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. Trad. Ignacio Torres Muro. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.48, p.70.

¹⁸⁷ Sobre o princípio da proteção da confiança, vide Valter Shuenquener de Araújo: “Os cidadãos não devem ser submetidos a constantes modificações do comportamento estatal, as quais não puderam considerar em seus planos originais. A confiança depositada nas instituições estatais deve ser respeitada. Caso contrário, as pessoas evitarão relacionar-se juridicamente com o Estado e buscarão vias alternativas, e não idôneas, para a preservação de seus interesses.” ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.8-9.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ Sobre o tema, vide, dentre inúmeras outras obras: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

se aplica igualmente à invalidação dos atos normativos que se revelarem contrários às normas infraconstitucionais¹⁹⁰.

A atuação da Administração Pública, assim como a conduta dos cidadãos em geral, deve estar de acordo com a legalidade. Muito embora haja uma maior liberdade de atuação do particular, todas as condutas se submetem às prescrições legais de forma a se aferir a sua validade jurídica. A desconformidade com a legalidade acarreta a invalidade dos atos jurídicos em geral, já que só uma outra norma jurídica de mesma ou superior hierarquia pode derogar ou revogar o parâmetro legal previamente estabelecido¹⁹¹.

A desconformidade da atuação da Administração Pública e dos particulares face à legalidade não se reconduz, contudo, a uma única forma de invalidade, verificando-se que nem sempre a falta de validade deve excluir a produção de efeitos por parte dos atos viciados. Os atos ilegais ingressam no mundo real e esse fato, por si só, pode acarretar o advento de consequências que não podem ser desprezadas sob o ponto de vista jurídico¹⁹².

A exemplo do que ocorre com as obrigações em geral, onde a invalidade de um determinado ato conduz à cominação das sanções de nulidade ou anulabilidade conforme a maior ou menor gravidade do vício apresentado¹⁹³, a ilegalidade deve ensejar sanções de nulidade ou anulabilidade conforme as circunstâncias concretas do caso¹⁹⁴.

¹⁹⁰ O tema será melhor desenvolvido no terceiro capítulo onde se buscará demonstrar que a lógica prospectiva se encontra presente de forma ampla nas três esferas de Poder.

¹⁹¹ Conforme anota Paulo Otero: “(...) a invalidade torna-se a resposta que o ordenamento jurídico encontra para sancionar as situações de agir administrativo desconformes com o padrão de conduta definido imperativamente pela norma legal e, por isso mesmo, vinculativo para a Administração Pública: a invalidade traduz um juízo negativo sobre os actos e os seus efeitos na relação que entre ambos existe e a legalidade, expressando no desvalor jurídico que encerra, além de uma reprovação pela concreta violação administrativa da legalidade, uma fragilização da entrada de tais atos no ‘mundo do Direito’ ou mesmo, em alternativa, a privação absoluta da produção de quaisquer efeitos jurídicos e, por consequência, a determinação da sua exclusão do mundo ‘oficial’ da juridicidade.” OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 958.

¹⁹² Parte expressiva da doutrina tradicional, no entanto, rejeitava a existência de mais de um grau de invalidade dos atos administrativos. O ato administrativo era tratado de forma binária. Ele seria legal ou ilegal, válido ou inválido. Conforme afirmava Hely Lopes Meirelles, o ato “jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou a anulabilidade”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.188-189.

¹⁹³ Vide art. 166 e seguintes do Código Civil.

¹⁹⁴ Miguel Seabra Fagundes adverte, no entanto, que a natureza específica dos atos administrativos faz com que não se aplique integralmente a sistematização da legislação civil: “Atenta, porém, a particular natureza dos atos administrativos, não pode ser acolhida, sem reserva, a sistematização da legislação civil, que é, em muitos casos, evidentemente inadapável àqueles atos. A nulidade, como sanção com que se pune o ato defeituoso por infringente das normas legais, tem no direito privado, principalmente, uma finalidade restauradora do equilíbrio individual perturbado. No direito público já se apresenta com feição muito diversa. O ato administrativo, em regra, envolve múltiplos interesses. Ainda quando especial, é raro que se cinja a interessar um só indivíduo. Há quase sempre terceiros cujos direitos afeta. Ao contrário, o ato jurídico privado se restringe, normalmente, a repercutir entre os seus participantes diretos, e, quando interessa a terceiros, o faz de modo bem mais restrito do que em se tratando do ato jurídico público”. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.52-53. Em sentido similar, anota Regina Maria Macedo Nery Ferrari que: “(...) embora havendo comunhão de origens, a construção civilista não deve ser transplantada para o campo do direito público sem limitações, já que nem sempre a nulidade do direito civil pode ter o mesmo efeito quanto à sua equivalente no direito público, pois as maiores divergências entre ambas são aquelas referentes aos efeitos das mesmas. (...) A sanção de nulidade tem no direito privado finalidade distinta, já que neste campo visa apenas a restaurar o equilíbrio individual. Já no ramo não privado, a finalidade é a proteção do interesse público, o que nos leva a considerar o tema com

O sistema jurídico não pode admitir, em princípio, que um ato ilegal possa produzir efeitos, sob pena de sua fragmentação. Nesse sentido, a convalidação dos efeitos produzidos por um ato inválido revela-se aprioristicamente contrária à manutenção da higidez do ordenamento jurídico, mas circunstâncias concretas podem revelar que o afastamento desses efeitos poderá acarretar consequências ainda mais danosas sob o ponto de vista normativo¹⁹⁵.

Como já se afirmou anteriormente, a interpretação jurídica não mais se exaure nos limites definidos pela lei formal, abrangendo a totalidade do ordenamento. Nesse esteio, mesmo que um caso revele inicialmente a configuração de violação a uma determinada disposição legal, isso não deve se mostrar suficiente para que se atribua a sanção de nulidade ao ato viciado. A nulidade não é uma consequência lógica e necessária da ilegalidade¹⁹⁶. A nulidade só será a resposta adequada se as circunstâncias fáticas subjacentes ao caso revelarem que, sob o ponto de vista normativo, não se deva conferir proteção aos atos praticados com base no ato ilegal. Há – reitere-se – que se fazer a análise de todo o ordenamento normativo, promovendo-se, inclusive, ponderações entre os princípios constitucionais eventualmente em conflito¹⁹⁷.

As situações que envolvem a prática de atividades administrativas pelos denominados funcionários de fato bem exemplifica esse contexto, onde as circunstâncias fáticas podem justificar o afastamento de uma análise unidirecional – que apontaria a violação de uma norma legal específica – em prol de um exame multidirecional. Os atos praticados pelos funcionários de fato, em uma análise unidirecional, deveriam se considerados nulos,

maior ou menor flexibilidade, conforme o exija o interesse a proteger. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.152.

¹⁹⁵ Em sentido similar Miguel Seabra Fagundes: “A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato ilegal, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.” Nesse sentido FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.53.

¹⁹⁶ No que se refere especificamente aos atos administrativos, afirma Antônio Carlos Cintra do Amaral que: “Não existe, no direito administrativo, a figura da nulidade de pleno direito. Dizer que um ato é nulo de pleno direito não expressa a realidade jurídica. Enquanto o ato não é anulado, por um órgão especialmente qualificado para tal, ele vale. Tanto os atos administrativos válidos quanto os inválidos podem produzir efeitos.” AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Validade e invalidade do ato administrativo*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.8, 2011, p.11.

¹⁹⁷ Nesse ponto, afirma Gustavo Binenbojm que: “Assim, como em qualquer caso onde se verifica a incidência simultânea de mais de um vetor constitucional apontando em sentidos opostos, cabe ao intérprete lançar mão da *ponderação proporcional* entre os princípios conflitantes. Em tal operação, deverá o intérprete-aplicador do direito (administrador ou juiz) sopesar: de um lado, a importância relativa, em termos sistemáticos, da norma legal violada (por assim dizer, a *gravidade* da ilegalidade perpetrada), verificando a possibilidade de convalidação do vício por novo ato (sanatória voluntária) ou o decurso do prazo decadencial para a anulação do ato (sanatória involuntária); de outro lado, a existência de confiança legítima (dada pela apuração da boa-fé objetiva, qualificada ainda pela legitimidade da confiança nutrida pelo particular, na situação sob exame); a prática de atos pelo particular baseados na conduta da Administração, o tempo transcorrido desde a conduta da Administração; o tempo transcorrido desde a conduta da Administração; e o grau de irreversibilidade da situação em que se encontra o particular em decorrência da legítima confiança que foi levado a nutrir pela conduta da Administração.” BINENBOJM, Gustavo. *O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.198-199.

afastando-se quaisquer efeitos deles decorrentes, uma vez que a investidura desses funcionários se deu contrariamente às normas jurídicas vigentes.

No entanto, existem diversos outros valores jurídicos que, em uma análise multidirecional, podem justificar a preservação dos efeitos produzidos pelos atos praticados pelos funcionários de fato, como, por exemplo, a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, impondo-se, no caso, a ponderação desses valores com aquele que é sobrejacente à norma originariamente violada pela investidura irregular¹⁹⁸.

Nessa ponderação, a análise da norma legal violada será contextualizada com as demais normas existentes no ordenamento jurídico¹⁹⁹. A constitucionalização do direito não permite uma separação estrita entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, uma vez que o significado do conteúdo de cada ramo do direito será determinado não apenas pela legislação infraconstitucional, mas também pelas disposições constitucionais pertinentes. A racionalidade do sistema jurídico é construída a partir da Constituição, impondo-se a releitura de toda a legislação à luz de seus princípios e regras, o que dificulta a plena dissociação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária.

A legalidade estrita cede espaço ao princípio da juridicidade. A conformidade que se exige não se limita apenas à lei, mas estende-se ao Direito como um todo. A legalidade insere-se, hoje, dentro de uma noção mais ampla do Direito, que reúne sob seu domínio todas as regras e princípios que se possam extrair do ordenamento jurídico²⁰⁰.

¹⁹⁸ Como observa Paulo Otero: “Entre os valores ou princípios fundamentadores de uma legitimação dos efeitos da actividade *contra legem* desenvolvida pelos funcionários de fato encontramos a segurança, a confiança e a boa fé de terceiros e, em termos mais gerais, a própria justiça. Tratam-se de valores e princípios que, à semelhança do princípio da legalidade, têm expresso acolhimento constitucional, razão pela qual não se pode dizer que a legalidade fundamentadora da invalidade de um exercício de facto da actividade administrativa goze de prevalência sobre a segurança, a confiança, a boa-fé e a justiça subjacentes ao entendimento que aponta para a legitimação ou validação dos efeitos decorrentes do exercício de uma tal actividade.” Nesse sentido OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 987.

¹⁹⁹ Observe-se aqui que a própria ordem jurídica positiva pode permitir que se extraia diretamente de suas normas, em termos expressos e sem qualquer necessidade de uma operação de ponderação axiológica ou principiológica, habilitações de atuação *contra legem*. É o caso, por exemplo, da disciplina conferida ao casamento putativo pelo Código Civil. Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

²⁰⁰ Essa por exemplo foi a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso em que se discutia a legitimidade da recusa pela Administração Pública à nomeação de candidata aprovada e que só atingira a idade mínima prevista no edital após a inscrição no concurso. Na hipótese, registrou o Tribunal que em tema de nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade formal, para que ele se coloque em harmonia com outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito. Resp n.º 6518/RJ, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma. Julgamento em 19/08/1991, publicado no D.J. em 16/09/1991. Veja-se o teor da ementa: ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - SUA HARMONIZAÇÃO COM A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS E A BOA-FÉ - CANDIDATA ADMITIDA A CONCURSO ANTES DE COMPLETAR A IDADE MÍNIMA PREVISTA NO EDITAL - RECUSA DE NOMEAÇÃO DA CANDIDATA QUE ALÉM DE APROVADA JÁ ATINGIRA A IDADE LIMITE - ILICITUDE DA RECUSA -RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. O CONCURSO PÚBLICO, COMO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, DEVE OBSERVAR O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (ART. 244 DO CPC). EM SEDE DE CONCURSO PÚBLICO NÃO SE DEVE PERDER DE VISTA A FINALIDADE PARA A QUAL SE DIRIGE O PROCEDIMENTO. NA AVALIAÇÃO DA NULIDADE DO ATO

O princípio da juridicidade, ao imprimir maior elasticidade à análise da legalidade, aproxima as razões subjacentes à modulação temporal de efeitos na resolução de conflitos no âmbito dos controles de legalidade e de constitucionalidade, justificando, também por essa razão, que se atribua idêntico tratamento à modulação das decisões que reconheçam atos ilegais e inconstitucionais²⁰¹.

Por tais razões, quando se abordar a modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade no curso do presente trabalho, estará também subentendida nessa abordagem a modulação no controle de legalidade.

2.6 Síntese das ideias desenvolvidas no capítulo

A modulação temporal de efeitos vem sendo adotada por inúmeros sistemas de controle de constitucionalidade, inclusive o vigente no Brasil. Há uma tendência moderna de se admitir a operatividade prospectiva das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de um ato normativo, com a evolução da retroatividade absoluta para a retroatividade mitigada.

Objetiva-se, com isso, resguardar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé e situações de todo consolidadas e constituídas previamente à declaração de inconstitucionalidade. No sistema norte-americano, muito embora a concepção mais tradicional atribua a nulidade à lei inconstitucional, a Suprema Corte já reconheceu a possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos em algumas oportunidades. Em alguns outros sistemas jurídicos, do qual o austríaco é paradigmático, não se atribui a sanção da nulidade automaticamente aos atos normativos inconstitucionais. As decisões judiciais, em tais sistemas, são constitutivas, figurando a anulabilidade como regra.

A concepção originária do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro inspirou-se no modelo norte-americano, mas admite-se atualmente a atribuição de efeitos não

ADMINISTRATIVO É NECESSÁRIO TEMPERAR A RIGIDEZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, PARA QUE ELE SE COLOQUE EM HARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DA ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS, DA BOA-FÉ E OUTROS VALORES ESSENCIAIS À PERPETUAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO. LIMITE DE IDADE, EM CONCURSO PÚBLICO E REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DE EMPREGO. ASSIM, SE O CANDIDATO QUE NÃO SATISFAZIA O REQUISITO NO MOMENTO DA INSCRIÇÃO FOI ADMITIDO AO CONCURSO E APROVADO, NÃO É LÍCITO À ADMINISTRAÇÃO RECUSAR-LHE A INVESTIDURA, SE NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO A IDADE MÍNIMA JÁ SE COMPLETARÁ.

²⁰¹ Também reconhecendo que ambas as decisões judiciais comportam modulação de seus efeitos temporais, sejam as de interpretação ordinária do direito, sejam as que contêm juízo de inconstitucionalidade, afirma Luís Roberto Barroso que: "(...) se na hipótese extrema de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei o STF admite a possibilidade de não se dar à decisão efeitos retroativos, com muito mais razão deverá admiti-la no desempenho da jurisdição ordinária, que não envolve a declaração de nulidade de qualquer norma em face da Constituição as decisões judiciais, comportam modulação de seus efeitos temporais." BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria Tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.2, p. 267.

retroativos à decisão de inconstitucionalidade, havendo previsão normativa específica a respeito. Inconstitucionalidade e nulidade, de fato, não são conceitos idênticos. A nulidade não é uma consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade.

Embora formalmente disciplinada na Lei n.º 9.868/99, a modulação temporal de efeitos não se circunscreve apenas às hipóteses nela previstas, aplicando-se indistintamente a qualquer outra situação em que a eliminação de um ato normativo poderia produzir situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional.

A modulação de efeitos temporais também se aplica ao controle de legalidade, sendo idênticas as razões subjacentes à modulação na resolução de conflitos normativos no âmbito dos controles de legalidade e de constitucionalidade.

3 A MODULAÇÃO NO BRASIL

3.1 A modulação como hipótese de ponderação

Tornou-se usual no debate contemporâneo a afirmação de que as colisões entre princípios constitucionais devem ser solucionadas pela técnica jurídica da ponderação²⁰². Conforme expõe Robert Alexy, um dos autores que mais influenciou a discussão do tema no direito brasileiro juntamente com Ronald Dworkin, se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder²⁰³.

A ponderação não conduz, no entanto, à invalidação de um dos princípios em conflito. Na verdade, em se tratando de conflito entre princípios constitucionais, as circunstâncias particulares reveladas pelo caso concreto serão determinantes para se estabelecer uma ordem de precedência entre eles, aplicando-se em maior medida um princípio em detrimento do outro. Essa ordem de precedência é estabelecida – repita-se – à luz das circunstâncias concretas em que se instaurou o conflito, não se podendo estabelecer aprioristicamente um padrão de sobreposição universal, que se aplique indistintamente a todos os casos²⁰⁴.

A ponderação decorre da própria natureza do conflito que se instaura entre os princípios²⁰⁵, bem como da inexistência de um prévio critério hermenêutico que o equacione²⁰⁶. O que se buscará evidenciar nesse tópico é que a mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade nada mais é do que uma forma particular de ponderação.

²⁰² Sobre o tema, vide especialmente, dentre outras obras: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

²⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.93-94.

²⁰⁴ Conforme assinala Robert Alexy: “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.93-94.

²⁰⁵ “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Uma das teses centrais da ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’ é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.588.

²⁰⁶ Conforme bem sintetiza Ana Paula de Barcellos: “(...) a ponderação é uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.23.

No Brasil, conforme já se evidenciou, o Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da edição da Lei n.º 9.868/99, pronunciou-se a favor da mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, revelando-se permeável à adoção da operância prospectiva com o objetivo de resguardar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé e situações de todo consolidadas e constituídas previamente à declaração de inconstitucionalidade.

O STF mitigou o rigor da denominada teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais, produzindo situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional²⁰⁷. A forma encontrada pelo Supremo para mitigar a teoria da nulidade foi a de reconduzi-la a um juízo de ponderação, contrapondo-a aos valores constitucionais que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da lei declarada inconstitucional.

A própria justificativa apresentada para a introdução do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, como também já assinalado, foi a de permitir que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o intitulado princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os princípios da segurança jurídica e do interesse social, de outro²⁰⁸.

Daniel Sarmento, em obra coletiva que se tornou referência sobre o tema, reforça essa construção ao afirmar que a questão dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade envolve uma *típica ponderação de interesses*. Segundo o autor, a ponderação se estabelece entre o intitulado princípio da nulidade da lei inconstitucional e os demais princípios constitucionais afetados pelas consequências advindas da eventual retroatividade da decisão de inconstitucionalidade²⁰⁹.

Inquestionavelmente a questão sobre a modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade deve ser reconduzida à ponderação, mas essa não se dá propriamente entre o intitulado princípio da nulidade da norma inconstitucional e os demais princípios que

²⁰⁷ Repita-se aqui que, dentre os argumentos apresentados pelo Professor Luís Roberto Barroso para, na qualidade de integrante da comissão constituída pelo Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n.º 9.868/99, rejeitar a inovação veiculada pelo preceito estabelecido no art.27, está justamente o reconhecimento de que o STF já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.23.

²⁰⁸ Projeto de Lei n.º 2.960/97.

²⁰⁹ “ (...) a questão dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade envolve uma típica ponderação de interesses. De um lado da balança coloca-se o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional, e do outro, eventuais interesses de estatura constitucional, que poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão, e que estão compreendidos dentro da genérica alusão a ‘razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’ estampada no art. 27 da Lei n.º 9.868.” SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. In: _____ (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.136.

tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da lei declarada inconstitucional.

A ponderação há de ser feita entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende declarar inconstitucional e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência dessa mesma norma²¹⁰.

Trata-se, mais precisamente, de uma ponderação de segunda ordem, uma vez que tem lugar apenas na etapa final do processo de tomada de decisão²¹¹. Esse processo é iniciado com a aferição da constitucionalidade do ato normativo impugnado, que é confrontado com uma ou mais normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios. Só após o reconhecimento de inconstitucionalidade nessa primeira etapa do processo decisório, com a utilização ou não da técnica da ponderação (de primeira ordem), é que se desenvolve a eventual ponderação entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende declarar inconstitucional e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da lei declarada inconstitucional (de segunda ordem)²¹².

Embora constituam duas fases distintas do processo decisório²¹³, há, por certo, uma relação recíproca entre elas, já que a eventual utilização da ponderação na fase final

²¹⁰ 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 n.º 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²¹¹ Conforme anota Jorge Miranda: “(...) outras espécies de decisões ou de efeitos das decisões existem quando se trate de Tribunais Constitucionais ou de órgãos homólogos, previstos, por vezes, desde logo pelas Constituições ou pelas leis ou, mais frequentemente, surgidas a partir da sua prática. Embora conexos com o juízo de inconstitucionalidade, elas escapam àquela contraposição fundamental. Tais decisões são ditas intermédias ou atípicas e reconduzem-se, no essencial, a três situações: decisões interpretativas, limitativas e aditivas ou modificativas. As decisões limitativas, em particular, limitam os efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou até da própria inconstitucionalidade.” MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. Interesse Público. *Revista Bimestral de Direito Público*, Porto Alegre, n.18, 2003, p.34.

²¹² Deve-se aqui dar especial atenção à distinção que Gunther faz entre os discursos de fundamentação e de aplicação, pois os critérios que servem para elucidar a validade de uma norma não coincidem com os utilizados para indicar a adequação de uma norma válida a uma determinada situação. O argumento prático tem, pois, duas modalidades: a fundamentação de validade de uma norma geral e a justificação da pertinência da aplicação de uma norma geral a um caso particular. Não se pode estabelecer que uma norma possa ser aplicada legitimamente em uma situação sem que se tomem antes em consideração todas as características da situação que são relevantes para garantir uma interpretação coerente de todas as normas aplicáveis. Conforme afirma o autor: “Las circunstancias que se mantienen iguales deben completarse, por tanto, com una descripción íntegra de la situación que considere también las circunstancias variables de cada situación. Dado que esta tarea no la puede atender *ex definitione* um discurso de validez, se necesita para ello um discurso de um tipo especial, al que em lo sucesivo me referiré como ‘discurso de aplicación’. Tan pronto como iniciamos este discurso debemos ampliar la perspectiva presupuesta com la validez de una norma a las circunstancias que se mantienen en cada situación. En el discurso de aplicación las normas válidas tienen tan solo el status de razones prima facie para la justificación de enunciados normativos tipo ‘debes hacer ahora p’. Los participantes saben qué razones son las definitivas tan solo después de que hayan aducido todas las razones prima facie relevantes em base a una descripción completa de la situación”. GÜNTHER, Klaus. *Um concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Doxa. Alicante: n.17-18, 1995.

²¹³ Nos debates relacionados ao julgamento dos embargos de declaração apresentados nos autos da ADI n.º 3.601, o Ministro Gilmar Mendes evidencia a distinção entre as duas fases do processo decisório em contraposição à posição do Ministro Marco Aurélio de que, em não havendo quorum para a apreciação da modulação de efeitos, o Plenário do STF deveria tê-la como rejeitada: “Senhor Ministro, eu gostaria de me contrapor a essa posição do Ministro Marco Aurélio. Na verdade, trata-se de um modelo bifásico. Lembro-me sempre daquele julgamento, Ministro Celso Mello também, todos nós, em que tratamos da questão da modulação de efeitos na matéria da progressão de regime. Tivemos, primeiro, um grande embate e votamos seis a cinco. Depois, fizemos – porque o modelo é bifásico, resultante do artigo 27 – uma segunda votação, agora

repercutirá diretamente sobre o controle de constitucionalidade que é realizado na primeira fase. A análise da questão relacionada à aplicação ou não de efeitos prospectivos, levada a cabo na segunda fase do processo decisório, irá fomentar o debate judicial, provocando reflexões sobre o próprio controle de constitucionalidade que é realizado na primeira fase do processo decisório. Conforme se demonstrará no curso deste trabalho, há situações, inclusive, onde a admissão da perspectiva prospectiva é capaz de modificar o juízo originariamente estabelecido na primeira fase do processo decisório.

Não há nessa segunda fase do processo decisório, contudo, ponderação entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende declarar inconstitucional e a nulidade dos atos inconstitucionais, conforme impropriamente apontado por inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal²¹⁴ e por parte expressiva da doutrina, não havendo, igualmente, ponderação com o princípio da supremacia da Constituição.

A nulidade das normas inconstitucionais, conforme visto, decorre de uma construção dogmática compartilhada por inúmeros países, e que tem expressiva adesão no Brasil, que pressupõe não ser possível o reconhecimento de efeitos regulares advindos de atos normativos contrários à Constituição, uma vez que não se tratam de normas válidas.

Guarda essa construção íntima relação com o princípio da supremacia da Constituição, por força do qual nenhum ato jurídico pode subsistir validamente de forma incompatível com a Constituição. Por concentrar as decisões políticas centrais de uma sociedade – tomadas por um poder constituinte com legitimidade para tanto – e, por sedimentar, sob o ponto de vista normativo, os valores superiores compartilhados pela comunidade social, a Constituição coloca-se em um patamar superior no sistema jurídico, servindo de fundamento de validade e como vetor hermenêutico de todas as demais normas existentes²¹⁵.

para o efeito da modulação, que acabou sendo consagrada parcialmente. Por quê? Porque agora eram outros os pressupostos. Daí, acho estar correta a posição adotada pelo Presidente de aguardarmos até que seja possível compor o quorum. Se for rejeitado, será rejeitado, não foram obtidos os oito votos, mas é possível se suspender o julgamento, tal como se faz também em relação à exigência de quorum constitucional de seis votos.” Embargos de declaração na ADI n.º 3.601/DF. Relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 09/09/2010. No julgamento da ADI 3660/MS, que apreciou a inconstitucionalidade da destinação de custas judiciais a entidades privadas, a Ministra Carmen Lúcia também reforçou o caráter bifásico ao solicitar que primeiro se julgue o pedido de inconstitucionalidade para depois tratar propriamente da modulação.

²¹⁴ Veja-se por todos o seguinte trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos autos da ação direta de inconstitucionalidade direcionada contra a Lei n.º 7.619/00 do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães em desacordo com o preceito estabelecido no art.18, § 4º, da Constituição, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n.º 15, de 12.09.1996 ADI n.º 2.240/BA : “(...) O princípio da nulidade da lei inconstitucional também tem um peso elevado no caso, o que torna inevitável o recurso à técnica da ponderação. Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o leitmotiv para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade.” ADI n.º 2.240-7/Bahia, Relator originário o Ministro Eros Grau. Julgamento em 09.05.2007, D.J. de 03.08.2007.

²¹⁵ De acordo com Luís Roberto Barroso: “A supremacia da Constituição é tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Isso faz com que o produto do seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.163.

A supremacia da Constituição é, assim, uma premissa lógica e necessária que deve orientar a hermenêutica jurídica como um todo²¹⁶. Não se trata, contudo, de uma norma de aplicação direta, prescrevendo finalidades e comportamentos que eventualmente possam entrar em conflito com os demais princípios constitucionais.

Trata-se, na verdade, de um postulado normativo²¹⁷ que estrutura a aplicação das normas existentes em um dado sistema jurídico. Prescreve uma específica forma de racionalidade, a de que as normas infraconstitucionais não devem contrariar as normas constitucionais²¹⁸. A nulidade das normas inconstitucionais, por seu turno, constitui a proposição que imediatamente se deduz da supremacia da Constituição, não permitindo que os atos inconstitucionais produzam efeitos regulares.

A supremacia da Constituição é direcionada à estrutura de aplicação de normas infraconstitucionais onde o intérprete pode deixar de aplicar uma norma contrária à Constituição dada a superioridade hierárquica dessa última. Não se utiliza, contudo, no conflito entre normas constitucionais, uma vez que essas são dotadas de mesma hierarquia²¹⁹. Tampouco se poderia pressupor a flexibilização da supremacia da Constituição em um processo de ponderação, sob pena de comprometimento da unidade e coerência do sistema jurídico que, conforme assinalado, pressupõe a superioridade hierárquica da Constituição.

Em razão dessa natureza específica da supremacia da Constituição²²⁰, não se deve contrapor, na ponderação que é realizada na modulação temporal dos efeitos no controle de

²¹⁶ Ao se referir ao princípio da supremacia constitucional, afirma Luís Roberto Barroso que: “(...) do ponto de vista lógico e cronológico, é o primeiro princípio a ser levado em conta no processo intelectual da interpretação constitucional.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.174.

²¹⁷ Ao fazer distinção com os princípios, esclarece Humberto Ávila que: “(...) os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação o dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.89.

²¹⁸ Em sentido similar 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 n.º 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Segundo Luís Roberto Barroso, o princípio da supremacia da Constituição não tem um conteúdo próprio: “(...) ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.371.

²¹⁹ Essa é a posição majoritária na doutrina brasileira e na jurisprudência do STF. Há, no entanto, aportes doutrinários em prol do estabelecimento de hierarquias prévias entre os bens constitucionalmente tutelados. Sobre o tema vide nota n.º 317 no terceiro capítulo.

²²⁰ Anote-se aqui a crítica de Conrado Hübner no sentido de que supremacia da Constituição é uma promessa que o constitucionalismo, por meio do controle de constitucionalidade, não pode cumprir: “O constitucionalismo, conforme alguns, afastaria a ‘perigosa, instável, imprevisível e emocional’ supremacia do Parlamento e imporia a supremacia da Constituição. Essa é uma proposição sofisticada e fraudulenta. Não há uma luta entre Constituição e legislador, entre substância e procedimento, entre lógica constitucional e lógica majoritária, mas entre Corte e legislador. Instituições disputam a supremacia. Por meio da revisão judicial, a Corte a conquista. A Constituição é simplesmente a norma abstrata a ser interpretada. A supremacia da Constituição é uma promessa que o constitucionalismo, por meio do controle de constitucionalidade, não pode cumprir.” MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

constitucionalidade, a supremacia da Constituição, ou mesmo o intitulado princípio da nulidade da norma inconstitucional, e os demais princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da lei declarada inconstitucional.

A ponderação que é realizada na modulação – repita-se – deve envolver, de um lado, os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende declarar inconstitucional e, do outro, os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da norma declarada inconstitucional²²¹.

Conforme anota Clèmerson Merlin Clève, *não é possível aplicar-se um princípio constitucional a qualquer custo*. Ao contrário, todas as questões envolvendo conflitos entre princípios constitucionais devem ser reconduzidas a um juízo de ponderação. Isso se revela especialmente verdadeiro em se tratando de modulação temporal de efeitos, onde as consequências advindas das situações concretas nascidas sob o amparo de uma norma inconstitucional deverão ser reconduzidas aos princípios que lhes deem abrigo, promovendo-se, a seguir, a ponderação com o princípio constitucional violado pela norma viciada²²².

Deve-se promover a análise da totalidade das normas constitucionais, buscando-se investigar as inúmeras conexões existentes entre elas de forma a ser alcançada a solução que melhor assegure a efetividade da Constituição em sua unidade. O resultado do processo de ponderação que leva à adoção da modulação temporal de efeitos pressupõe que a manutenção temporária da norma inconstitucional assegure mais intensamente a normatividade da Constituição do que a sua imediata expurgação do ordenamento jurídico²²³.

A regra da concordância prática exige uma relação ótima entre os bens em confronto e, assim, havendo conflito entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos, deve-se procurar a otimização entre eles. Deve ser eleita a solução que, em maior grau, torne possível a otimização Constituição à luz das consequências que poderão advir do processo decisório,

²²¹ Em sentido similar Luís Roberto Barroso: “Trata-se, na verdade, de uma ponderação a ser feita entre a norma constitucional violada e outra norma constitucional: a que protege os efeitos já produzidos pela lei declarada inconstitucional, postulando mantê-los, e.g., em nome da boa-fé, da moralidade ou da segurança jurídica.” BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria Tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.2, p. 261-288, p. 265.

²²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Parecer. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 19, 1997, p.293.

²²³ Conforme anota Rui Medeiros: “O princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre diferentes interesses constitucionalmente protegidos. Ou, em termos mais radicais, ‘objectivo da Constituição é alicerçar o Estado e não destruí-lo’. A premissa fundamental que está na base da renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória há-de estar, por isso, na verificação de que, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a simples declaração de inconstitucionalidade.” MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.712.

mesmo que, com isso, se permita a provisória manutenção de um ato contrário a um preceito constitucional específico²²⁴.

Para que se busque uma solução de tal ordem, o aplicador do Direito não poderá se conformar apenas com a análise dos elementos estritamente normativos, impondo-se a ampla investigação dos elementos fáticos que se revelarem imprescindíveis para o caso, abrangendo especialmente a análise das consequências sistêmicas que poderão resultar da decisão a ser tomada. Isso se revela ainda mais premente, conforme já se evidenciou, em um contexto pós-positivista onde o método da subsunção lógica nem sempre se revela suficiente para a interpretação e aplicação do Direito²²⁵.

Reconhecida, assim, a necessidade de se reconduzir a questão sobre a modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade à ponderação, não há como circunscrever a perspectiva prospectiva apenas ao regramento formal estabelecido pelas normas infraconstitucionais. É o que se buscará demonstrar a seguir.

3.2 Legislação infraconstitucional e dogmática constitucional

No ordenamento jurídico brasileiro, a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade foi formalmente disciplinada pela Lei n.º 9.868/99²²⁶, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Nela há enunciado normativo expresso que permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir

²²⁴ Em sentido similar Teori Albino Zavascki: “Em casos tais, cumpre ao STF efetuar o juízo de ponderação entre os valores jurídicos colidentes (inconstitucionalidade da norma, de um lado, e segurança jurídica ou excepcional interesse social, de outro), a fim de harmonizá-los no mais elevado grau de validade e, se indispensável, promovendo os ajustes limitativos da eficácia (*executiva*) da declaração de inconstitucionalidade, necessários a alcançar essa harmonização.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.66. Veja-se também Regina Maria Macedo Nery: “Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedores de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação ilegítima.” FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.320.

²²⁵ Nesse sentido, afirma Regina Maria Macedo Nery Ferrari que: “(...) o trabalho do juiz não deve estar limitado a um processo meramente lógico, mas deve conter grande grau de conhecimento sociológico das realidades atuais, o que significa que sua função não é mecânica, isto porque além do raciocínio lógico dedutivo, deve ater-se ao desenvolvimento do instituto jurídico, ao costume e às convicções sociais vigentes, inspirado no ideal de justiça e de bem-estar.” FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.321.

²²⁶ Contemporânea à Lei n.º 9.868/99 é a Lei n.º 9.882/99 que, em seu art.11, estabelece preceito idêntico àquele previsto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, mas direcionado ao julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Posteriormente, como já afirmado, foi editada a Lei n.º 11.417/06 que, em seu art.4º, possibilita a modulação dos efeitos do enunciado de súmula vinculante editado pelo Supremo Tribunal Federal.

que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27).

Dentre as circunstâncias que evidenciam a necessidade de utilização da perspectiva prospectiva, sobressai aquela em que a eliminação de uma norma pode produzir situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional. É o caso, sem dúvida, da anulação de relações jurídicas estabelecidas por indivíduos de boa-fé que se respaldaram em normas que, à época, eram dotadas de presunção de constitucionalidade.

A modulação decorre primordialmente dos princípios da proteção da confiança²²⁷ e da segurança jurídica, esse último expressamente referido no art. 27 da Lei n.º 9.868/99²²⁸, havendo também na lei expressa referência ao excepcional interesse social. Aplica-se igualmente, conforme evidenciado, a qualquer outra situação em que a eliminação de uma norma poderia produzir situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional, impondo-se em todo caso um necessário sopesamento entre os princípios colidentes²²⁹.

No julgamento da ADI n.º 4.029/DF, por exemplo, direcionada contra a Lei n.º 11.516/07, que criou a entidade autárquica denominada Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, o princípio da proteção ao meio ambiente foi invocado pelo STF a fim de justificar a modulação temporal de efeitos²³⁰.

Em sessão ocorrida em 07/03/2012, o STF julgou parcialmente procedente o pedido a fim de reconhecer a inconstitucionalidade formal da lei de criação do Instituto Chico Mendes por violação ao art. 62, § 9º, da Constituição, mas, com o objetivo de impedir a

²²⁷ Sobre o princípio da proteção da confiança, anota Valter Shuenquener de Araújo: “Os cidadãos não devem ser submetidos a constantes modificações do comportamento estatal, as quais não puderam considerar em seus planos originais. A confiança depositada nas instituições estatais deve ser respeitada. Caso contrário, as pessoas evitarão relacionar-se juridicamente com o Estado e buscarão vias alternativas, e não idôneas, para a preservação de seus interesses.” ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.8-9.

²²⁸ 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.

²²⁹ Esse também é o entendimento de Luís Roberto Barroso: “(...) o reconhecimento da inconstitucionalidade – seja em controle abstrato, seja pela extensão dos efeitos da decisão em concreto – não afeta, direta e automaticamente, todas as situações preexistentes. Em nome da segurança jurídica, da justiça e de outros valores constitucionais, haverá hipóteses protegidas pela coisa julgada, pela boa-fé, pela prescrição ou decadência ou outros bens e interesses que imponham ponderação, como já admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes das inovações legislativas que permitiram a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.” BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.92.

²³⁰ ADI n.º 4.029/DF, Relator o Ministro Luiz Fux. Julgamento realizado originariamente na sessão de 07.03.2012 e posteriormente modificado na sessão de 08.03.2012. Publicação no D.J. de 27.06.12.

descontinuidade fático-jurídica do Instituto, adotou a modulação temporal de efeitos, não pronunciando a nulidade da lei pelo prazo de vinte e quatro meses (efeitos *pro futuro*)²³¹.

De acordo com o STF, a proteção do meio ambiente - direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição – restaria comprometida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007, não podendo a Tribunal ignorar os efeitos nocivos que a pronúncia de nulidade com efeitos retroativos poderia acarretar para a sociedade²³².

Essa solução procurou, por um lado, assegurar algum grau de efetividade ao preceito estabelecido no art. 62, § 9º, da Constituição, reconhecendo-se a inconstitucionalidade formal da lei e, por outro, resguardar os princípios de proteção ao meio ambiente e da segurança jurídica que restariam frontalmente violados caso se propugnasse pela descontinuidade do Instituto Chico Mendes.

A ideia subjacente à modulação é a de que a limitação de efeitos da decisão que reconheça a inconstitucionalidade de uma norma poderá assegurar de forma mais adequada a normatividade da Constituição em seu conjunto. O processo de tomada de decisão, em tal contexto, não deverá se circunscrever à primeira etapa onde ocorre apenas a análise unidirecional entre a norma impugnada e o paradigma constitucional.

A maior efetividade da Constituição deverá ser buscada em uma etapa final do processo de tomada de decisão, onde serão analisadas as consequências advindas do reconhecimento de inconstitucionalidade, reconduzindo-as à totalidade do sistema normativo constitucional. Ao se buscar a solução dos conflitos com o menor índice possível de perturbação social, deverá ser empreendida a análise dos efeitos associados a possíveis alternativas de decisão que se coloquem diante do aplicador do direito, desde que os respectivos argumentos possam ser reconduzidos ao sistema de normas estabelecido na Constituição.

²³¹ Conforme será melhor evidenciado no item “4” do quarto capítulo, a despeito dessa solução se harmonizar perfeitamente com o ordenamento constitucional, a análise mais acurada das consequências sistêmicas levou o STF a reformular a sua decisão originária. Em sessão realizada no dia 08.03.2012, dia seguinte à data da primeira decisão proferida, o Tribunal, ao apreciar questão de ordem suscitada pelo Relator, pronunciou-se novamente sobre o processo, dessa vez aplicando a modulação temporal de efeitos não mais ao reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei n.º 11.516/07 e sim à declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º da Resolução n.º 1/2002 do Congresso Nacional, preservando-se, dessa forma, a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em lei até a data do julgamento, bem como daquelas que se encontravam em trâmite no Legislativo naquele momento.

²³² Trecho extraído do voto apresentado originariamente pelo Relator da ação na sessão realizada em 07.03.2012. ADI n.º 4.029/DF, Relator o Ministro Luiz Fux. Julgamento realizado originariamente na sessão de 07.03.2012 e posteriormente modificado na sessão de 08.03.2012. Publicação no D.J. de 27.06.12.

Uma vez constatada a existência de princípios constitucionais que tutelam as situações consolidadas sob a vigência da norma atacada, a ponderação deverá ser realizada entre tais princípios e aqueles violados pela norma que se pretende declarar inconstitucional.

Em muitas situações, a manutenção dos efeitos produzidos pela norma que se pretende declarar inconstitucional promoverá em maior medida a Constituição, considerada esta em sua integralidade. Em tais hipóteses, ao contrário do que se poderia supor à primeira vista, é também assegurada a supremacia das normas constitucionais. Dentro de uma leitura sistemática da Constituição, em observância ao princípio da unidade, deverão prevalecer as normas constitucionais que, diante das circunstâncias específicas do caso analisado, revelarem maior peso em conexão com as demais normas existentes.

Essa necessária análise sistemática da Constituição revela, assim, que qualquer princípio constitucional poderá ser sopesado com aqueles eventualmente violados pela norma que se pretende declarar inconstitucional, não se circunscrevendo a modulação - reitere-se - apenas às hipóteses que envolvem a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, ou que traduzam razões de excepcional interesse social.

A modulação de efeitos decorre da própria sistemática do controle de constitucionalidade, não dependendo de previsão específica na Constituição²³³. Envolve não só os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, mas todos os princípios constitucionais que eventualmente assegurem a preservação das situações consolidadas sob a vigência da norma atacada.

Essa maior abertura da ponderação no âmbito da modulação temporal de efeitos gera simultaneamente a necessidade de que todas as consequências advindas do reconhecimento de inconstitucionalidade da norma sejam reconduzidas ao quadro normativo constitucional. A determinação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma deve se pautar primordialmente por considerações de ordem estritamente jurídica.

A análise das situações consolidadas no tempo, bem como de seus inúmeros desdobramentos, sempre deverá ser reconduzida ao sistema normativo, de forma que as consequências advindas da decisão não constituam elementos isolados no processo decisório²³⁴.

²³³ Gilmar Ferreira Mendes afirma que “a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem a pronúncia da nulidade), na medida em que atribui particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 1260.

²³⁴ Ao discurrir sobre as repercussões dos fatos sobre os enunciados normativos na ponderação, esclarece Ana Paula de Barcellos que: “(...) a experiência indica que as circunstâncias de fato podem repercutir de duas formas distintas sobre as soluções indicadas pelos grupos de elementos normativos. Em primeiro lugar, os fatos podem atribuir um peso maior ou

Devem ser afastados critérios estritamente políticos ou elementos meramente pragmáticos no processo de tomada de decisão. Caso contrário, haverá grave comprometimento da normatividade da Constituição e uma indesejada elevação de subjetividade no processo decisório. Essa, contudo, não é uma característica própria da modulação temporal de efeitos e sim da própria ponderação²³⁵.

É muito comum na prática judiciária brasileira, por exemplo, a arguição pelo Estado de argumentos estritamente pragmáticos e *ad terrorem* em demandas tributárias onde uma decisão desfavorável ao Fisco possa ensejar algum tipo de impacto negativo nas finanças públicas. Invoca-se usualmente que eventuais decisões desfavoráveis em tais demandas, reconhecendo, por exemplo, a inconstitucionalidade de norma que institui uma nova exação tributária, provocariam a catástrofe financeira do Poder Público.

O argumento meramente pragmático, no entanto, não poderá ser utilizado de forma autônoma a fim de justificar a modulação temporal de efeitos. A possibilidade de impacto nas finanças públicas, por si só, não legitima a modulação. As consequências resultantes da decisão deverão ser não só reconduzidas ao sistema normativo, de forma a existir fundamentação jurídica específica a legitimar a modulação, como também tais consequências deverão ser analisadas caso a caso no sopesamento dos princípios jurídicos em conflito.

De igual forma, os argumentos estritamente políticos, como, por exemplo, a genérica invocação da existência de interesse público²³⁶ na manutenção de uma norma inválida, também não podem ser utilizados autonomamente para justificar a modulação temporal de efeitos. Deve-se, também aqui, reconduzir tais argumentos ao sistema normativo e fazer o sopesamento dos princípios colidentes à luz do caso concreto.

menor a alguma delas. Há outras circunstâncias de fato, porém, que não atribuem propriamente um peso maior ou menor a determinada solução; diversamente, elas são responsáveis por informar o grau de restrição que a escolha de cada uma das soluções possíveis pode impor sobre as demais naquele caso concreto.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.121-122.

²³⁵ Esse é, por exemplo, o magistério de Luís Roberto Barroso ao discorrer sobre o empenho da doutrina na criação de parâmetros para a ponderação: “(...) De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deve o intérprete: a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador; b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas; produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.337.

²³⁶ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, nem sempre a ideia de interesse público tem sentido indeterminado. Segundo a autora: “Existem diferentes graus de indeterminação. Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação, contudo, diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo*. In: _____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Suprema do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p.98.

A identificação dos princípios constitucionais que efetivamente estejam em colisão, conjugada com a consideração dos fatos e consequências relevantes e com o sopesamento orientado pela proporcionalidade²³⁷, é que permitirá imprimir maior racionalidade à decisão de modulação de efeitos temporais. Afasta-se, com isso, a possibilidade de que a modulação seja orientada de acordo com preferências previamente fixadas em favor de um grupo específico de valores ou interesses²³⁸.

A modulação temporal de efeitos, no entanto, não deve ser utilizada indiscriminadamente como critério geral. A nulidade continua a ser a regra. O afastamento de sua incidência deverá ocorrer excepcionalmente apenas nas situações em que a retroação dos efeitos por ela preconizada leve a um resultado ainda mais inconstitucional que o reconhecimento da própria norma invalidada²³⁹.

É de se destacar, por outro lado, que a inconstitucionalidade superveniente não se subsume à hipótese de ponderação, tal como ocorre na perspectiva prospectiva. Em tal hipótese, a norma nasce válida, deixando de ser constitucional apenas em razão de supervenientes modificações no suporte fático que lhe é subjacente. Não há aqui ponderação entre valores constitucionais colidentes e sim o afastamento de uma norma que não mais encontra o suporte fático que a legitime. Como consequência, a declaração de inconstitucionalidade em tal hipótese deve produzir efeitos apenas após o momento em que esta condição efetivamente se verificou²⁴⁰.

Evidencia-se, dessa forma, que a modulação temporal de efeitos, por decorrer da própria sistemática de controle de constitucionalidade que, no modelo dogmático pós-positivista, tem por escopo assegurar a maior normatividade possível da Constituição em sua

²³⁷ Sobre o tema vide BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²³⁸ Em sentido similar, afirma Alexandre Santos de Aragão que: “(...) o Supremo Tribunal Federal, ao restringir os efeitos das suas declarações de inconstitucionalidade em sede abstrata e ao fixar a eficácia dessas decisões, deverá se pautar por uma racional e proporcional ponderação de interesses, não lhe sendo dado partir *a priori* da prevalência de um metafísico ‘interesse público’ consubstanciado na preservação dos interesses econômicos do Estado.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Poderes Neutrais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2001, p.30.

²³⁹ Embora a retroatividade figure como regra geral no controle de constitucionalidade brasileiro, conforme se demonstrará nos itens seguintes, deve ser conferida uma maior flexibilidade à aplicação dessa regra em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que os efeitos advindos desse tipo de controle atingem o ato normativo abstratamente considerado, o que o aproxima do regime jurídico conferido à própria produção normativa que, por sua vez, pressupõe efeitos para o futuro e só excepcionalmente retroativos.

²⁴⁰ No mesmo sentido Carlos Blanco de Moraes: “(...) diversamente do que sucede com a inconstitucionalidade originária, já na inconstitucionalidade superveniente os efeitos produzidos pela norma, desde a sua origem até à superveniência do novo parâmetro constitucional são válidos, razão que leva à qualificação dos efeitos da invalidação como relativos.” MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. O direito do contencioso constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.187. As circunstâncias fático-normativas poderão, no entanto, justificar que se promova a modulação temporal de efeitos da decisão que reconhece uma situação de inconstitucionalidade superveniente, estabelecendo-se como termo inicial da produção de efeitos um momento distinto daquele em que configurado o vício de inconstitucionalidade.

unidade, não se restringe às hipóteses que envolvem a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, ou que traduzam razões de excepcional interesse social, tal como previsto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99.

As hipóteses que envolvem a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, ou que traduzam razões de excepcional interesse social, serão, por certo, as razões mais recorrentes no uso da modulação de efeitos, uma vez que a análise consequencialista inerente à doutrina prospectiva a elas se associa mais intimamente. Por essa específica razão, tais hipóteses merecerão exame mais detalhado nos tópicos seguintes, seguindo-se a análise da modulação no âmbito dos três poderes.

3.3 Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança

O Estado de Direito tem como uma de suas principais tarefas a preservação da segurança jurídica, onde o poder estatal deve ser exercido por meio de comportamentos que respeitem o ordenamento jurídico. Os cidadãos, por sua vez, embora tenham uma maior liberdade de ação, também não poderão agir contrariamente às normas jurídicas vigentes. Para que as pessoas possam viver com um padrão mínimo de harmonia social e de liberdade, é fundamental assegurar alguma estabilidade às relações jurídicas de que participam. Para tanto, o sistema jurídico deve ser dotado de mecanismos que confirmam previsibilidade ao Direito não só no seu momento de criação, como também no processo de sua aplicação concreta.

No sistema constitucional brasileiro, a segurança jurídica decorre não só do Estado de Direito, constituindo um subprincípio desse²⁴¹, como também é reconhecida, de forma direta ou não, em inúmeros dispositivos constitucionais²⁴². Figura no rol dos direitos fundamentais individuais (art.5º, *caput*) e sociais (art.6º, *caput*), e pode ser extraído do princípio da legalidade (art.5, inciso II), da proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art.5º, inciso XXXVI), e das garantias da irretroatividade e da anterioridade fiscal (art.150, inciso III, alíneas *a* e *b*), e, mais recentemente, encontra-se também presente no preceito estabelecido no § 1º do art.103-A, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004.

²⁴¹ Conforme assinala o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material. Veja-se a respeito o MS 22357 / DF – Relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento: 27/05/2004.

²⁴² Nesse ponto, esclarece Patrícia Ferreira Baptista que: “(...) a segurança jurídica, mesmo constituindo uma densificação do Estado de Direito, ainda assim é um princípio de grande abstração. Quase sempre esse princípio tem eficácia indireta por meio de outros subprincípios e regras dele extraídos.” BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p.40.

Uma das sistematizações propostas doutrinariamente associa o conteúdo da segurança jurídica às exigências de previsibilidade e estabilidade do Direito. De acordo com tal acepção, as normas jurídicas têm que apresentar uma disciplina clara sobre o seu objeto e que igualmente assegure a todos o amplo conhecimento de suas disposições, permitindo, com isso, que o cidadão possa pautar a sua conduta em perfeita sintonia com a normatividade vigente. Isso alcança não só o momento de criação das normas jurídicas como também a etapa subsequente de sua aplicação concreta.

A previsibilidade consiste na exigência de que as normas jurídicas garantam um grau mínimo de planejamento aos cidadãos na prática de suas ações. Configura a previsibilidade um dos aspectos mais significativos da segurança jurídica, permitindo que os cidadãos tenham o prévio conhecimento de todas as consequências legais que possam advir de seus atos.

A estabilidade, por sua vez, traduz-se na existência de limitações à alteração das normas e das decisões estatais, de forma a evitar que sejam os cidadãos surpreendidos por abruptas alterações no paradigma normativo ou jurisprudencial até então vigente²⁴³. No que se refere mais especificamente à aplicação do Direito, a segurança jurídica exige a estabilidade das situações resultantes da concretização das normas jurídicas, seja na esfera administrativa, seja no âmbito judicial.

Outra acepção doutrinária da segurança jurídica é a que a desdobra em três planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo. No plano institucional, a segurança reside na existência de instituições estatais que possam assegurar a plena observância das normas jurídicas vigentes, enquanto no plano objetivo a segurança se manifesta em grande medida nas já enunciadas noções de previsibilidade e estabilidade. Já no plano subjetivo, a segurança pressupõe a proteção da esfera individual dos cidadãos, mais precisamente na tutela da confiança por eles depositada nos atos estatais²⁴⁴.

No que se refere ao plano subjetivo, por meio da confiança são criadas as condições básicas para a convivência social²⁴⁵. O rompimento da confiança eleva a hesitação no

²⁴³ Em sentido similar BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p.46-48.

²⁴⁴ Conforme bem sintetiza Luís Roberto Barroso: “Do ponto de vista institucional, a segurança refere-se à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantias, aptas a fazer funcionar o Estado de Direito, impondo a supremacia da lei e sujeitando-se a ela. Do ponto de vista objetivo, a segurança refere-se à anterioridade das normas jurídicas em relação às situações às quais se dirigem, à estabilidade do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e a continuidade das normas, e a não-retroatividade das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos. E, por fim, do ponto de vista subjetivo, a segurança jurídica refere-se à proteção da confiança.” Prefácio à obra de ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

²⁴⁵ Aponta Valter Shuenquener de Araújo que: “Quanto mais a confiança estiver presente no seio da sociedade, maiores serão as possibilidades dos seres humanos. A confiança é, inclusive, uma condição fundamental para a sobrevivência de um ordenamento liberal e democrático.” ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova*

estabelecimento das relações sociais, podendo, inclusive, comprometer a paz jurídica e social²⁴⁶.

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança relacionam-se à abordagem prospectiva na medida em que essa última será impulsionada, em grande medida, por tais princípios. Isso porque a norma, mesmo sendo inconstitucional, gera a perspectiva de que seu comando será cumprido e de que seus efeitos serão regularmente produzidos, aspectos esses reforçados pelo princípio da presunção da constitucionalidade dos atos normativos.

A existência de um ato normativo durante um determinado lapso temporal anterior ao reconhecimento de inconstitucionalidade pode dar ensejo à formação de inúmeras relações jurídicas, relações essas estabelecidas, em sua grande maioria, por sujeitos de boa-fé dada a presunção de legitimidade dos atos estatais, e dos atos normativos em particular. Parte significativa dessas relações não existiria se o ato normativo não tivesse sido editado.

Os próprios atos normativos infraconstitucionais que regulam a modulação temporal de efeitos no ordenamento jurídico nacional fazem referência expressa à segurança jurídica²⁴⁷, possibilitando a não desconstituição das relações jurídicas estabelecidas com base no ato normativo declarado inconstitucional. Reconhece-se que o decurso de um determinado lapso temporal pode acarretar a confiança na estabilidade do ato normativo, e, com isso, se permite a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade em nome da segurança jurídica.

No Brasil, em especial, o tema da segurança jurídica deve receber peculiar atenção, uma vez que os atos estatais não gozam de uma desejada estabilidade. Não se observa no cenário brasileiro, como regra, a continuidade das políticas públicas, havendo, ao revés, sucessivas alterações de rumo no escopo das intervenções estatais, modificações essas motivadas em grande parte por interesses meramente circunstanciais²⁴⁸. Essa instabilidade se revela não só no processo de elaboração do Direito, mas também no processo de aplicação.

forma de tutela do cidadão diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 5. Vide também a respeito Karl Larenz: “O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque pode confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.” LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Diez Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p.91.

²⁴⁶ Nesse sentido ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. Vide também a respeito Karl Larenz: “O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque pode confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.” LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Diez Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p.91

²⁴⁷ Leis 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/06.

²⁴⁸ Em sentido similar Patrícia Ferreira Baptista: “As Administrações Públicas no Brasil, em todos os níveis, padecem de uma crônica instabilidade. Diretrizes, políticas públicas, regulamentos e até mesmo atos individuais concretos, tudo acaba constantemente revisto ou retirado, ao sabor dos governantes da vez.” BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e*

No processo de formação do Direito, observa-se a falta de perenidade dos atos normativos²⁴⁹. Essa característica – típica do processo legislativo contemporâneo – agrava-se ainda mais no contexto brasileiro, dada a debilidade do sistema político-partidário aqui vigente. Como já se disse, os atos normativos atendem, com frequência, a uma pauta de reinvidicações marcadas em grande parte pelo imediatismo e por interesses segmentados, mesmo que ao custo de violação de inúmeros preceitos constitucionais.

Por outro lado, não se pode pretender enxergar a segurança como um dogma no momento de criação do Direito, uma vez que a dinâmica social exige que seja conferida uma nova disciplina às situações recém-criadas. Assim, o legislador deverá buscar um ponto ótimo que assegure simultaneamente a disciplina de novas exigências sociais sem se descuidar das noções de previsibilidade e estabilidade²⁵⁰.

No processo de aplicação do Direito, o tema também deverá receber especial atenção, uma vez que o modelo dogmático do pós-positivismo se mostra ambivalente no que se refere à segurança jurídica. Embora constitua a segurança um valor fundamental a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, a maior elasticidade na interpretação das normas jurídicas – e das constitucionais em especial – não é capaz de oferecer o mesmo nível de segurança na concretização do Direito do que o silogismo lógico preconizado de forma irrestrita pelo positivismo²⁵¹.

A crise do positivismo formalista expôs a fragilidade dos esquemas formais fechados que proclamavam a certeza no plano abstrato da lei, não admitindo uma maior participação do intérprete no momento de aplicação do Direito. A norma, no entanto, em uma perspectiva pós-positivista, não se resume ao texto do enunciado normativo, só se revelando por completo a partir da sua interação com os fatos sociais que pretende regular. Com isso, a pretensão de

proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p.1.

²⁴⁹ “As leis e regulamentos multiplicam-se de forma desmedida e desordenada. Por conta dessa multiplicação, o direito hoje é o domínio do provisório. As normas já não são editadas com qualquer pretensão de continuidade ou de estabilidade e os cidadãos já não conseguem, com base nessas leis, programar a própria vida.” BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p.17.

²⁵⁰ Afirma sobre o ponto Miguel Reale que: “ (...) se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança.” REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.87.

²⁵¹ Em sentido similar Patrícia Ferreira Baptista: “Além das inseguranças decorrentes do processo de produção das normas jurídicas, a superação tanto da hermenêutica cientificista, como do positivismo normativista, deixou às claras toda a insegurança existente também no processo de aplicação do Direito.” BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p.18.

certeza e segurança como padrões absolutos deixa de existir tanto no momento de criação como no de aplicação do Direito²⁵².

O intérprete, nesse cenário, deverá buscar soluções jurídicas que em maior medida possam imprimir efetividade à segurança jurídica, uma vez que se trata, como já afirmado, de uma tarefa que estrutura o Estado de Direito. Não poderá, contudo, ignorar a insegurança que, paradoxalmente, pode advir da dialética relação entre o sistema normativo e a realidade social.

Tudo isso evidencia que a modulação temporal de efeitos terá um vasto campo de atuação em prol da segurança jurídica, buscando assegurar as legítimas expectativas dos cidadãos que foram geradas com a edição de atos normativos posteriormente declarados inconstitucionais. No entanto, como qualquer princípio constitucional, a segurança jurídica não é um valor absoluto, devendo ser sopesado com os demais princípios constitucionais à luz das circunstâncias próprias de cada caso.

3.4 Excepcional interesse social

Os atos normativos infraconstitucionais que regulam a modulação temporal de efeitos no ordenamento jurídico nacional também fazem expressa referência ao intitulado excepcional interesse social. Na verdade, as Leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99, que tratam respectivamente das ações diretas e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, falam em excepcional interesse social, enquanto que a Lei n.º 11.417/06, que disciplina as súmulas vinculantes, fala em excepcional interesse público²⁵³.

Extrai-se da leitura desses diplomas normativos que o legislador não imprimiu maior rigidez à terminologia apontada como requisito para a modulação, ora tratando como interesse social, ora tratando como interesse público.

²⁵² Mesmo no âmbito administrativo, a premissa de estrita vinculação da Administração Pública à lei sofre temperamentos, afastando-se a existência de uma rígida separação entre atos vinculados e discricionários. Conforme anota Gustavo Binenbojm: “A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.206.

²⁵³ Art. 4º 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.

Ante a ausência de rigidez terminológica, examinaremos a construção doutrinária existente acerca do interesse público a fim de melhor compreender esse outro requisito previsto na legislação infraconstitucional para a realização da modulação²⁵⁴.

Nesse esteio, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta uma definição de interesse público que se consagrou no Brasil. Para ele, o interesse público deve ser conceituado como *o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem*²⁵⁵. Trata-se, como visto, de uma concepção que projeta os interesses individuais em um plano coletivo.

Igualmente conhecida é a distinção entre interesse público (*interesse primário*) e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público (*interesse secundário*) que Celso Antônio Bandeira de Mello transpõe da doutrina italiana para a brasileira²⁵⁶. O primeiro se traduziria propriamente na projeção de interesses individuais no plano coletivo, enquanto o segundo revelaria apenas um interesse específico do Estado como ente público formal²⁵⁷.

A partir dessas acepções, apresenta Celso Antônio Bandeira de Mello a supremacia do interesse público sobre o privado como o *primeiro grande traço do regime jurídico-administrativo*, o que legitimaria inúmeros privilégios para a Administração Pública – por ser a responsável por zelar pelos interesses primários – em detrimento dos particulares²⁵⁸.

²⁵⁴ No campo legislativo, a suspensão de segurança e o requisito da repercussão geral no recurso extraordinário também se associam à demonstração de existência de interesse público, havendo nas respectivas leis a descrição um pouco mais analítica das hipóteses de sua configuração. A Lei n.º 8.437/92 apresenta o interesse público como pressuposto de admissibilidade da suspensão de segurança, conjugando-o com situações tendentes a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A Lei n.º 11.418/06, por sua vez, embora não faça expressa referência ao interesse público, dispõe que para efeito de caracterização de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Art. 4º da Lei n.º 8.437/92: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Art.543-A do CPC, § 1º, introduzido pela Lei n.º 11.418/06: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

²⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.53.

²⁵⁶ Conforme atesta Celso Antônio Bandeira de Mello: “Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral. Este discrimen, contudo, é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao leucidar que os interesses secundários do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos”. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.57.

²⁵⁷ “Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.57.

²⁵⁸ “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e

Diante de tais premissas teóricas, restaria ao operador do Direito pressupor que o excepcional interesse social/público, referido nas Leis n.ºs 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/06, justificaria a modulação sempre que interesses da coletividade indicassem tal solução.

Esse entendimento, contudo, não se compatibiliza com a estrutura da Constituição brasileira, que é de natureza principiológica e centrada na proteção dos direitos fundamentais e na valorização da pessoa humana. Essa estrutura não permite que se estabeleça uma prévia regra de preferência do coletivo em detrimento do individual²⁵⁹.

O eventual conflito entre princípios constitucionais, mesmo que um dos princípios envolvidos – ou grupo de princípios – traduza a prevalência de um interesse coletivo, deve sempre ser reconduzido à ponderação, não se justificando o estabelecimento de eventuais preferências em favor do coletivo. O resultado do processo de ponderação poderá inclusive revelar que, diante de uma situação concreta, o interesse público resida na preservação de um direito fundamental específico em detrimento de um interesse da coletividade²⁶⁰.

Conforme anota Humberto Ávila, tendo em vista não ser possível dissociar interesse público do privado no ordenamento constitucional brasileiro, deve-se adotar o *postulado da reciprocidade de interesses* que, por sua vez, pressupõe a utilização da ponderação como

asseguramento desse último.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.60.

²⁵⁹ Nesse sentido Daniel Sarmento: “Parece-nos que o princípio em discussão baseia-se numa compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o *leitmotiv* do Estado Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos.” SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.27. Em sentido contrário Maria Sylvia Zanella di Pietro. Para a autora: “(...) nem sempre a ideia de interesse público tem sentido indeterminado. Existem diferentes graus de indeterminação. Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A indeterminação ainda se restringe de forma mais intensa em relação a determinados institutos, como, exemplificativamente, os contratos administrativos, as diferentes formas de intervenção na propriedade e na economia, as licitações. Não se pode dizer que seja indeterminado o interesse público presente na rescisão unilateral de um contrato administrativo que cause danos ao meio ambiente, ao consumidor ou ao patrimônio público; ou que seja indeterminado o interesse público inspirador de um tombamento ou de uma desapropriação; ou que seja indeterminado o interesse público a ser protegido em um procedimento de licitação.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo*. In: _____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Suprema do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p.98.

²⁶⁰ Conforme esclarece Daniel Sarmento: “(...) existem situações em que o interesse da coletividade pode, de fato, chocar-se com direitos fundamentais. Isso porque, de um lado, os direitos fundamentais valem independentemente dos benefícios que possam granjear à sociedade em geral, não constituindo assim meros meios para a promoção de interesses públicos. E, por outro turno, embora a proteção e promoção dos direitos fundamentais também seja interesse público, como acima destacado, há outros autênticos interesses públicos cuja prossecução não corresponde a nenhum tipo de direito fundamental. Pense-se, por exemplo, no interesse público referente à melhoria do trânsito, ou no concernente ao controle da dívida pública. São genuínos interesses públicos, que, não obstante, podem eventualmente colidir com direitos fundamentais.” SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.84.

técnica de resolução de conflitos constitucionais²⁶¹. Não há – reitere-se – como se estabelecer uma regra prévia e abstrata de preferência do coletivo em detrimento do individual sem referência a uma situação concreta.

Por outro lado, não há uma definição conceitual precisa de interesse público que permita o estabelecimento prévio e inflexível do que seja exatamente o interesse comungado por uma coletividade, notadamente em um contexto social marcado pela diversidade e crescente pluralismo²⁶². O conceito fluido de interesse público também evidencia a necessidade de que haja a oportuna interação com a realidade fática, promovendo-se necessariamente, nas hipóteses de conflito entre princípios constitucionais, o sopesamento dos valores constitucionais envolvidos²⁶³.

No campo específico de incidência da modulação temporal de efeitos, deverá o operador do Direito investigar, diante das circunstâncias concretas do caso sob análise e mediante um severo juízo de ponderação, se os efeitos produzidos pelo ato normativo inválido podem ou não ser resguardados. Apenas haverá a incidência da modulação se o princípio – ou grupo de princípios – que milite em favor da preservação dos efeitos produzidos pelo ato normativo viciado evidenciar que esta é a solução que deva prevalecer naquele caso concreto ante o quadro axiológico constitucional. Assim, o interesse público só será revelado após esse processo de ponderação, não podendo ser revelado aprioristicamente²⁶⁴.

Rui Medeiros, ao analisar o dispositivo da Constituição de Portugal que trata da modulação temporal de efeitos, apresenta valiosa abordagem sobre o tema. Para a sua

²⁶¹ “(...) a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais.” ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.214.

²⁶² Nesse sentido Daniel Sarmento: “Acrescente-se a isso a indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, nas quais se torna impossível extrair, à moda de Rosseau, uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral.” SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.27.

²⁶³ Em sentido análogo Gustavo Binenbojm: “A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104-105.

²⁶⁴ Em sentido similar Gustavo Binenbojm anota que apenas após o processo de ponderação é que se pode revelar o que ele qualifica como sendo o *melhor interesse público*: “Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de *melhor interesse público*, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.106.

adequada compreensão, é de se assinalar inicialmente que a Constituição portuguesa faz alusão, ao lado da segurança jurídica e de razões de equidade, ao interesse público de excepcional relevo como requisito para a modulação temporal de efeitos²⁶⁵.

Sobre o interesse público de excepcional relevo, que muito se assemelha ao excepcional interesse social/público previsto na legislação infraconstitucional brasileira, destaca Rui Medeiros que a sua inserção na Constituição portuguesa resultou *da verificação de que a segurança jurídica e a equidade não esgotavam o universo “dos valores últimos do Direito”*²⁶⁶.

Para Rui Medeiros, a Constituição de Portugal adota um conceito indeterminado para abarcar todos os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e equidade. Para o autor, é na própria Constituição que residem os fundamentos da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade²⁶⁷.

Funcionaria o interesse público, em tal perspectiva, como porta de entrada para os demais princípios constitucionais no processo de ponderação relacionado à modulação temporal de efeitos.

Essa também parece ser a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n.º 3.601. De acordo com seu Relator, a aplicação do art. 27 da Lei n.º 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. 5ª, *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 constitucional²⁶⁸.

Observa-se, dessa forma, que o conceito de relevante interesse social/público não deve ser utilizado como requisito autônomo para a modulação temporal de efeitos, havendo a necessidade de identificação dos princípios constitucionais concorrentes que, por sua vez,

²⁶⁵ Art.282º, número 4: Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

²⁶⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.707.

²⁶⁷ “O Tribunal Constitucional, pautando-se exclusivamente por critérios constitucionais, deve portanto escolher aquela consequência que, na situação concreta, conduza à mais rápida, efectiva e abrangentemente possível optimização da Constituição e, simultaneamente, seja capaz de evitar novas fricções constitucionais. Elementos aptos a ponderação são, essencialmente, todos os interesses tutelados constitucionalmente.” MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.713.

²⁶⁸ Embargos de declaração na ADI n.º 3.601, Relator o Ministro Dias Toffoli, julgamento em 09/09/2010. Tratou-se de julgamento de embargos de declaração, interpostos contra decisão de inconstitucionalidade proferida em ação direta, com o objetivo de que fosse suprida omissão relacionada à modulação temporal de efeitos. No caso, reconheceu-se a inconstitucionalidade formal de lei distrital que criou Comissão Permanente de Disciplina no âmbito da Polícia Civil do Distrito Federal por se tratar de matéria reservada à União. A modulação foi utilizada com o objetivo de preservar os atos praticados pela referida Comissão durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional.

deverão ser sopesados à luz das circunstâncias peculiares do caso concreto. Essa é a única compreensão que permite o respeito à normatividade da Constituição, evitando-se a invocação de meros interesses públicos gerais ou coletivos²⁶⁹ em detrimento de uma análise estrita de constitucionalidade.

3.5 Critérios balizadores da modulação temporal de efeitos

Evidenciou-se nos tópicos precedentes que a admissibilidade da modulação temporal de efeitos condiciona-se à prevalência, em um juízo de ponderação, dos princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da norma declarada inconstitucional. A prevalência desses princípios constitui, dessa forma, condição necessária para a aplicação da modulação temporal de efeitos.

Ao lado desses princípios, que justificam e legitimam a utilização da modulação temporal de efeitos, existem alguns critérios complementares que deverão ser analisados no caso concreto de forma a auxiliar o processo de tomada de decisão. São eles: i) a dimensão do fator tempo, e, ii) o grau de irreversibilidade das circunstâncias fáticas.

O fator tempo é um elemento essencial do Direito. O tempo é um elemento regulador da vida social, permitindo-se vislumbrar a interferência do transcurso do tempo nas mais variadas situações jurídicas. O tempo pode configurar um fator de produção, alteração, consolidação e extinção de efeitos jurídicos. Veja-se a propósito, dentre inúmeras figuras jurídicas, os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão, da coisa julgada e do usucapião.

No que se refere aos textos normativos, a sua manutenção ao longo do tempo gera, de forma simultânea e ambivalente, a exigência de sua adequação aos reclamos atuais da sociedade e a expectativa de que as suas prescrições dificilmente serão modificadas. A estabilidade do Direito e a confiança nele depositada pelos cidadãos será, em regra, proporcional ao decurso do tempo. Quão maior for o período de existência de um ato normativo, maior será a percepção de estabilidade por ele gerada e, por conseguinte, menor será a expectativa de sua modificação²⁷⁰.

²⁶⁹ Interesses públicos gerais são os *interesses de uma comunidade pública como unidade de ação ou de ordenação dos seus membros*, e interesses coletivos são os *interesses fáticos dos respectivos titulares*. Nesse sentido, WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Trad. António F. de Souza Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 423-477.

²⁷⁰ No mesmo sentido Valter Shuenquener de Araújo: “Quanto mais tempo houver decorrido após a criação de um ato estatal que fundamente a confiança de um cidadão, menos provável será, em princípio, o surgimento de um novo ato em sentido contrário. (...) A adoção de uma determinada prescrição normativa por um longo período cria no inconsciente das pessoas uma expectativa razoável de que ela continuará a existir no futuro. Além disso, à medida que o tempo passa e que uma determinada norma é mantida, é bem provável que a dependência e a confiança do particular em relação a ela também se

Nesse esteio, tendo em vista a expectativa razoável gerada pela edição de um dado ato normativo, na hipótese de sua posterior invalidação, o decurso do tempo funcionará como critério imprescindível para que se analise a necessidade de estabilização de certas situações, fazendo-as ou não intocáveis. Conforme já se evidenciou, com base na simples edição de um ato normativo, inúmeras situações poderão se instaurar, e, na dinâmica da realidade, podem tais situações encontrar abrigo em algum princípio constitucional. Essas situações, aliadas ao tempo, podem transformar o contexto em que o ato normativo foi editado, de forma a que fique vedado ao Estado a invalidação do referido ato, pois invalidá-lo causaria ainda maior ofensa ao ordenamento jurídico.

Em se tratando de invalidação decorrente do reconhecimento de um vício de inconstitucionalidade, essa circunstância se torna ainda mais tormentosa, uma vez que não existe prazo para a pronúncia de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal reconhece, inclusive, que a ausência de configuração do *periculum in mora* não inviabiliza necessariamente a concessão da medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Em virtude do ajuizamento tardio da ação direta, ou seja, quando a sua propositura se dá quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, entende o STF que, não obstante tratar-se de disposição normativa em vigor há vários anos, pode haver a concessão de medida liminar invocando-se para tanto o critério da conveniência em substituição ao *periculum in mora*²⁷¹.

Inexistindo prazo para a declaração de inconstitucionalidade - já que a arguição de inconstitucionalidade é imprescritível no Brasil - não é incomum que um ato normativo prestigie a consolidação de inúmeras situações jurídicas e que, somente após o decurso de longo lapso temporal, se reconheça a sua ilegitimidade. Nesse cenário, as consequências advindas da existência de um ato normativo inválido não poderão ser simplesmente ignoradas, impondo-se um necessário temperamento dos efeitos do reconhecimento de

eleve. O interesse do cidadão na manutenção de um ato que lhe é favorável tende a crescer com o decurso do tempo e, com isso, sua expectativa fica fortalecida” ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.4.

²⁷¹ Veja-se, dentre outros precedentes, a ADI n.º 1087 MC/RJ, Relator o Ministro Moreira Alves. Julgamento em 01/02/95. Publicação no D.J. em 07/04/95: “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. - Não há dúvida de que há relevância jurídica nas questões de saber se, em face da atual Constituição, persiste a necessidade da observância pelos Estados das normas federais sobre o processo legislativo nela estabelecido, bem como se os preceitos do par. 9. do artigo 42 e do par. 7. do artigo 144, ambos da Carta Magna Federal, os quais aludem à lei ordinária, abarcam o estatuto dos servidores públicos militares. - dada a relevância jurídica dessas questões, que envolvem o alcance do poder constituinte decorrente que é atribuído aos Estados, é possível - como se entendeu no exame da medida liminar requerida na ação direta de inconstitucionalidade n. 568 - utilizar-se do critério da conveniência, em lugar do ‘periculum in mora’ para a concessão de medida cautelar, ainda quando o dispositivo impugnado já esteja em vigor há alguns anos. Pedido de liminar deferido, para suspender ‘ex nunc’, e até a decisão final, a eficácia do inciso IX do parágrafo único do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.”

inconstitucionalidade de forma a compatibilizar as situações assim criadas com os princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima²⁷².

A dimensão do tempo revela-se, assim, como critério balizador da modulação temporal de efeitos. Quanto maior for o espaço de tempo decorrido entre a edição do ato normativo e o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, menor será o ônus argumentativo para a utilização da modulação. E quanto menor for esse espaço, maior deverá ser o esforço argumentativo em prol da modulação.

Conjuntamente com a análise da dimensão do tempo, deve ser perquirido o grau de irreversibilidade das circunstâncias fáticas como critério de avaliação da utilização da modulação temporal de efeitos. Na verdade, há uma relação recíproca entre tais critérios, na medida em que o grau de irreversibilidade das circunstâncias fáticas será, como regra, proporcional ao decurso do tempo, elevando-se cada vez mais com o passar do tempo.

Conforme evidenciado no primeiro capítulo, as normas jurídicas são condicionadas pela realidade. Devem ser analisados, conjuntamente com as prescrições existentes nos textos normativos, os fatos concretos da vida e da realidade histórica para que se possa identificar o sentido definitivo de uma norma jurídica.

Dessa forma, não se mostra possível a interpretação de enunciados normativos com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere. A revelação do significado das normas jurídicas se dá em um complexo processo dialético e de condicionamento recíproco entre fato e prescrição normativa.

No caso da invalidação de atos normativos que ensejaram, durante a sua vigência, a consolidação de inúmeras situações jurídicas, não é possível retornar ao passado para anular essa realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los. Trata-se de uma realidade que não pode ser ignorada pelo aplicador do Direito, pois a sua desconsideração igualmente atenta contra a Constituição.

O vício de invalidade deve ser evitado a todo custo em diversas etapas de controle de constitucionalidade, desde a sua gênese - ainda no âmbito do Legislativo - até a revisão judicial, mas os atos normativos reais nem sempre são expurgados por tais mecanismos de

²⁷² Em sentido similar CLÈVE, Clèmerson Merlin. Parecer. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 19, p.288-289, 1997. Conforme anota Regina Maria Macedo Ferrari, “a lei inconstitucional existiu, validamente, até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considera. Dizer que a mesma é simplesmente nula, já que inválida desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade do mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e neste não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, “pois fora do mundo jurídico não há reversibilidade do tempo”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.283.

controle em tempo hábil. Em tal cenário, não sendo possível a reversão dessa realidade, deverá o aplicador do Direito recolocá-la em harmonia com a Constituição²⁷³.

A aplicação continuada de uma norma jurídica por um longo período poderá tornar irreversíveis as situações constituídas sob o seu domínio. Veja-se, a propósito, a situação dos Municípios putativos, criados em contrariedade ao preceito estabelecido no art. 18, § 4º, da Constituição. No caso do Município de Luís Eduardo Magalhães, por exemplo, durante mais de seis anos de sua existência fática, dentre inúmeras outras situações consolidadas sob a égide da lei que o criou, podem ser citadas as seguintes: houve a promulgação de sua lei orgânica e foram editadas mais de duzentas leis municipais, houve eleições para prefeito, vice-prefeito e vereadores, foram instituídos e arrecadados tributos, houve repasse de recursos federais e estaduais e foram prestados inúmeros serviços públicos, contando o Município com uma vasta rede de ensino²⁷⁴.

Diverso seria o cenário caso o reconhecimento de inconstitucionalidade tivesse ocorrido logo após a edição do ato normativo, pois o grau de irreversibilidade das circunstâncias fáticas seria significativamente menor. Nessa hipótese, o maior nível de reversibilidade das circunstâncias fáticas aumentaria o ônus argumentativo em favor da utilização da modulação temporal de efeitos.

Pode-se concluir, assim, da mesma forma que ocorre com a dimensão do tempo, que o grau de irreversibilidade das circunstâncias fáticas pode ser utilizado como critério balizador da modulação temporal de efeitos. Quanto maior se revelar a irreversibilidade da realidade fática, menor será o ônus argumentativo para a utilização da modulação. E quanto mais reversível se revelar essa realidade, maior deverá ser o esforço argumentativo em prol da modulação.

Esses critérios reforçam a constatação de que nem sempre a realidade corresponderá ao esquema ideal previsto normativamente²⁷⁵. Muito embora exista a previsão de inúmeras etapas para a realização do controle de constitucionalidade, nem sempre a respectiva resposta ocorrerá em tempo hábil que impeça a produção de efeitos concretos pelo ato normativo inválido. E, assim ocorrendo, a análise do tempo e do grau de irreversibilidade das

²⁷³ Nesse sentido HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.52.

²⁷⁴ Esse foi o relato do Ministro Eros Grau no julgamento da ADI n.º 2.240-7/Bahia. Relator originário o Ministro Eros Grau. Julgamento em 09.05.2007, D.J. de 03.08.2007. Esse precedente será melhor examinado no item “4” do quarto capítulo.

²⁷⁵ Esclarece nesse ponto Tercio Sampaio Ferraz Jr. que: “(...) o cálculo jurídico deve levar em consideração os limites dogmáticos em face das exigências sociais, procurando, do melhor modo possível, criar condições para que os conflitos possam ser juridicamente decidíveis.” FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 61.

circunstâncias fáticas poderá auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico de modo a se evitar a frustração dos indivíduos em razão da confiança depositada nos atos estatais²⁷⁶.

3.6 Modulação no âmbito judicial

São inúmeras as particularidades que cercam a modulação temporal de efeitos no âmbito do Poder Judiciário, uma vez que, ao contrário do que ocorre na seara legislativa, a eficácia prospectiva, em geral, não atenderá às pretensões específicas veiculadas em processos judiciais. Os autores de demandas têm usualmente a expectativa de que os efeitos decorrentes das decisões judiciais lhes aproveitem, tratando retroativamente o caso por eles submetido à Corte. Caso contrário, haveria um desestímulo ao ingresso em juízo.

Tal constatação, no entanto, não afasta a possibilidade de utilização da modulação temporal de efeitos no âmbito judicial em casos pontuais, pois, como já evidenciado, decorre ela da própria sistemática do controle de constitucionalidade, aplicando-se indistintamente ao controle que é realizado por via principal²⁷⁷ e ao que se dá de forma incidental²⁷⁸. Aplica-se a modulação temporal de efeitos, de igual sorte, à invalidação de atos normativos com base no exercício do controle de legalidade²⁷⁹.

A modulação tem como justificativa a necessidade de se realizar a devida ponderação entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende reconhecer inconstitucional e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da norma declarada inconstitucional. Há, de um lado, a exigência de expulsão imediata do ordenamento do dispositivo violador da Constituição e, de outro, a necessidade

²⁷⁶ Nesse sentido anota Valter Shuenquener de Araújo que: “Os cidadãos não devem ser submetidos a constantes modificações do comportamento estatal, as quais não puderam considerar em seus planos originais. A confiança depositada nas instituições estatais deve ser respeitada. Caso contrário, as pessoas evitarão relacionar-se juridicamente com o Estado e buscarão vias alternativas, e não tão idôneas, para a preservação de seus interesses.” ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.8-9. Vide também a respeito LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

²⁷⁷ Essa hipótese conta, inclusive, com previsão expressa na legislação infraconstitucional (art. 27 da Lei nº 9.868/99).

²⁷⁸ Essa hipótese é a mais antiga no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal como reconhecido nos seguintes precedentes: (i) RE 78.594 – SP (convalidação dos atos praticados por Oficial de Justiça cuja investidura se deu amparada em lei estadual declarada inconstitucional), julgado anteriormente à Constituição Federal/88, em 07/06/1974²⁷⁸, e (ii) RE 122.202 - MG (reconhecimento de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem), julgado posteriormente à Constituição Federal/88, em 10.08.1993. No âmbito do controle incidental, no entanto, nem todos os órgãos judiciais podem reconhecer a inconstitucionalidade de um ato normativo. De acordo com a disciplina conferida pelos artigos 480/482 do CPC, compete ao Tribunal Pleno, ou aos Órgãos Especiais dos Tribunais, reconhecer a inconstitucionalidade incidental dos atos normativos. Ainda no âmbito do controle incidental, há controvérsia sobre a possibilidade de o STJ exercer o controle de constitucionalidade em sede de recurso especial. O tema será melhor desenvolvido no item “6.2” retro.

²⁷⁹ Nesse ponto afirma Luís Roberto Barroso que as decisões judiciais, sejam as de interpretação ordinária do direito, sejam as que contêm juízo de inconstitucionalidade, comportam modulação de seus efeitos temporais. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria Tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.2, p. 261-288. Sobre o tema, vide o item “5” do segundo capítulo.

de proteção da confiança que os destinatários depositaram no seu texto ou de qualquer outro bem constitucional que venha a ser atingido pelos efeitos advindos da decisão de inconstitucionalidade. Essa necessidade de ponderação também está presente quando o controle de constitucionalidade se dá por via incidental. Não existem, portanto, razões para a diferenciação de tratamento entre o controle por via principal e o incidental no que concerne à possibilidade de modulação temporal de efeitos²⁸⁰.

Observa-se, por outro lado, a progressiva aproximação entre os modelos de controle por via incidental e por via principal, notadamente no que se refere aos efeitos advindos das decisões judiciais, o que reforça a indistinta utilização da modulação temporal de efeitos – e do processo de ponderação que lhe é correlato – também no controle incidental de inconstitucionalidade. Mais precisamente, o controle incidental passa por modificações substanciais que valorizam cada vez mais os precedentes da Suprema Corte em detrimento da livre atuação dos demais órgãos jurisdicionais²⁸¹.

Concomitantemente à valorização de precedentes, observa-se um *processo de concentração* do controle de constitucionalidade, prestigiando-se a utilização de ações diretas em detrimento da discussão incidental que se dá no âmbito de processos subjetivos²⁸². O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, moldado em 1891 com base no sistema norte-americano, aperfeiçoou-se com o tempo, expandindo-se com medidas de natureza ou efeitos coletivos. No âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em particular, houve uma significativa alteração de rumo após a Constituição de 1988, destacadamente em razão da ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da criação de outros mecanismos coletivos de controle, tais como a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a posterior criação da ação declaratória de constitucionalidade por via de emenda constitucional.

A crescente utilização de ações que integram o controle abstrato de constitucionalidade, associada à recente utilização de súmulas vinculantes, faz com que as decisões de inconstitucionalidade, que eram tradicionalmente dotadas de efeitos *inter partes*,

²⁸⁰ Embora se deva admitir indistintamente a modulação temporal de efeitos nos controles por via principal e incidental, buscar-se-á evidenciar nos tópicos seguintes que se deve atribuir maior flexibilidade à modulação na fiscalização abstrata de constitucionalidade.

²⁸¹ Conforme afirma Patrícia Perrone Campos Mello: “(...) o controle difuso-incidental exercido pelo Supremo Tribunal Federal encontra-se em *momento de transição*. As alterações legislativas e os desenvolvimentos judiciais pelos quais vem passando o controle difuso-incidental estão promovendo *mutações que tendem a aproximá-lo, em seus efeitos, do controle concentrado de constitucionalidade*.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.94.

²⁸² Essa é também a observação de Virgílio Afonso da Silva: “Depois de consolidada a competência judicial para controlar a constitucionalidade das leis no Brasil, e depois de décadas fiel ao modelo norte-americano, o sistema brasileiro passou a sofrer um longo *processo de concentração*.” SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, n.250, 2009, p.215.

passem a apresentar efeitos *erga omnes* e vinculantes. Essa concentração permite que o STF estabeleça o sentido de norma constitucional controvertida de forma obrigatória para todos os seus destinatários, em detrimento da livre atuação dos demais órgãos jurisdicionais e administrativos responsáveis pela sua aplicação.

Dentre as alterações normativas que provocaram a concentração do sistema de controle de constitucionalidade e, simultaneamente, a aproximação entre as formas de controle, destacam-se, no âmbito constitucional: (i) a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, (ii) criação do mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, (iii) criação da ação declaratória de constitucionalidade, (iv) criação da súmula vinculante, e, (v) exigência de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário²⁸³.

No âmbito infraconstitucional destacam-se as seguintes normas: (i) Lei n.º 9.756/98, que imprimiu nova redação ao art. 557, *caput*, do CPC, a fim de prestigiar a jurisprudência dominante ou sumulada, autorizando o relator a negar seguimento a recurso em desacordo com ela, (ii) Lei n.º 9.882/99 que, ao disciplinar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabeleceu hipóteses de arguição autônoma (art. 1º, *caput*) e incidental (art. 1º, parágrafo único), (iii) Lei n.º 11.417/06 que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal²⁸⁴, e, (iv) Lei n.º 11.418/07, que inseriu o art. 543-A ao CPC, condicionando a admissibilidade do recurso extraordinário à comprovação do requisito da repercussão geral.

Prestigia-se também o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados. A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a representação por inconstitucionalidade de forma muito genérica, apenas vedando a legitimação para agir a um único órgão, permitiu que o poder constituinte estadual disciplinasse a matéria de forma abrangente, admitindo inúmeros legitimados para a sua propositura²⁸⁵.

Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro que, em seu art. 162, estabelece um rol de legitimados que não guarda estrita correlação com o elenco previsto na Constituição Federal para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. É o caso das Comissões Permanentes e dos deputados da Assembleia

²⁸³ As modificações referidas nos dois primeiros foram promovidas pelo texto originário da Constituição Federal de 1988 e as demais pelas Emendas Constitucionais 3 (item iii) e 45 (itens iv e v).

²⁸⁴ Essa lei regulamenta o art.103-A da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004.

²⁸⁵ Art.125, § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Legislativa, assim como as hipóteses de ajuizamento pelo Procurador-Geral do Estado e pelo Defensor Público Geral do Estado²⁸⁶.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao julgar ação direta proposta contra essa disposição normativa, reconheceu a sua constitucionalidade por entender que, no tocante ao controle direto de constitucionalidade de âmbito estadual, a única regra a preservar é a do art. 125, § 2º da Constituição Federal, que autoriza os Estados a instituir a representação e lhes veda apenas a atribuição de legitimação para agir a um único órgão²⁸⁷.

Essa aproximação entre os modelos de controle por via incidental e por via principal, com o crescente prestígio desse último, faz com que a disciplina dos respectivos procedimentos igualmente se aproxime. Esse fato, associado à constatação de que a modulação não se associa a um procedimento específico e sim à necessidade de se realizar a devida ponderação entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende reconhecer inconstitucional e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da norma declarada inconstitucional, revela que a limitação de efeitos retroativos da decisão judicial terá lugar seja no controle incidental, seja no controle por via principal. Será igualmente aplicável nas situações que envolvam a interpretação ordinária do Direito, assim como naquelas que se respaldarem em juízos estritamente constitucionais²⁸⁸.

O processo de concentração verificado no controle de constitucionalidade, por outro lado, sobreleva o papel a ser desempenhado pela modulação temporal de efeitos, já que a análise a ser realizada pelo Judiciário ganha cada vez mais um sentido político, o que impõe uma análise mais ampla de fatos sociais dos quais depende a integridade da doutrina jurídica.

A despeito da aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade, ainda há uma diferença fundamental no que se refere ao seu objeto. Enquanto as ações do controle concentrado objetivam a tutela do direito objetivo, as que integram o controle difuso-incidental têm por escopo principal a tutela do direito subjetivo, o que conduz à constatação de que o primeiro modelo citado é revestido de uma maior politização²⁸⁹.

²⁸⁶ Art. 162 - A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembléia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.

²⁸⁷ ADI n.º 558/RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 16/08/1991. Publicado no D.J. de 26/03/1993. Ainda segundo o Relator “não há base para se impugnar a ampliação da iniciativa, pelo Estado, a outros órgãos públicos ou entidades: eventuais desbordamentos de sua atuação concreta, em relação às suas finalidades institucionais, poderão eventualmente ser questionados à luz do requisito da pertinência temática, mas não inibem, em tese, o deferimento da legitimação.”

²⁸⁸ Vide sobre o ponto o item “5” do segundo capítulo.

²⁸⁹ Esclarece Paulo Bonavides que: “Aquela juridicidade ou judicialidade da justiça constitucional, ínsita ao controle difuso, muda de feição em se tratando de controle abstrato da lei, porquanto a proteção imediata que aí se concede não é ao Direito

Nem todas as hipóteses que envolvam limitação de efeitos retroativos no campo judicial, no entanto, se subsumem aos casos de ponderação entre princípios constitucionais. A limitação de efeitos retroativos pode decorrer de três situações completamente distintas. São elas as hipóteses: (i) em que se reconhece a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, (ii) que envolvam a coisa julgada, e, (iii) que se relacionam propriamente com a ponderação entre princípios constitucionais.

Nas hipóteses em que se reconhece a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, o vício de inconstitucionalidade não é congênito à edição do ato impugnado, revelando-se apenas após acontecimentos posteriores. Como consequência, a declaração de inconstitucionalidade em tal hipótese deve produzir efeitos somente após o momento em que essa condição efetivamente se verificou²⁹⁰.

É possível que uma norma jurídica seja validamente editada de acordo com os critérios formais e materiais previstos na Constituição, mas que se torne inconstitucional apenas em razão de fato ou circunstância superveniente²⁹¹. Em tais hipóteses, os efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade não podem retroagir até a data de edição da norma, mas tão-somente a partir do momento em que o vício de inconstitucionalidade tenha sido verificado.

A coisa julgada, por sua vez, é tutelada por preceito constitucional expreso - art. 5º, inciso XXXVI - e objetiva assegurar a intangibilidade do conteúdo de decisões judiciais com trânsito em julgado. A coisa julgada torna imutável o conteúdo de uma decisão judicial, fazendo com que esse ato processual se torne insuscetível de alteração posterior, seja em relação a sua forma, seja em relação aos seus efeitos.

As decisões judiciais posteriores à formação da coisa julgada não poderão, como regra geral, produzir efeitos que incidam sobre os mesmos pressupostos fático-jurídicos que

subjetivo, mas ao Direito objetivo, à constitucionalidade mesma da ordem estabelecida. De tal sorte que o controle toma desde então um sentido mais político que propriamente jurídico.” BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, São Paulo, n.51, 2004. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>>. Acesso em: 1.jun.2012.

²⁹⁰ Nesse sentido Carlos Blanco de Moraes: “(...) diversamente do que sucede com a inconstitucionalidade originária, na inconstitucionalidade superveniente os efeitos produzidos pela norma, desde a sua origem até à superveniência do novo parâmetro constitucional são válidos, razão que leva à qualificação dos efeitos da invalidação como relativos.” MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. O direito do contencioso constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.187.

²⁹¹ Para assegurar longevidade, permanência e estabilidade a uma constituição são essenciais instrumentos formais e informais de sua reforma. Dentre os sistemas informais de reforma, situa-se a mutação constitucional que consiste nas alterações no sentido e no alcance da norma constitucional, promovidas por interpretação e sem a correspondente modificação do texto constitucional. Conforme anota Jellinek, *o fato consumado é um fenômeno histórico com força constituinte. Pode surgir de forma surpreendente e transmutar a organização estatal contra a letra da Constituição*. JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.29. Sobre o tema, vide BOTELHO, Nadja Machado Botelho. *Mutação constitucional*. 2010. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

integraram a relação processual onde se formou a coisa julgada. Mesmo a ulterior declaração de inconstitucionalidade de uma norma em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade não desfaz, automaticamente²⁹², as decisões proferidas em casos individuais e já transitadas em julgado²⁹³.

Já na ponderação de princípios constitucionais, o Tribunal, considerando que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, ao tutelar e garantir certos valores, produzirá ao mesmo tempo efeitos negativos no que diz respeito a outros também merecedores de tutela a nível constitucional, difere a eficácia de sua decisão de maneira que se reduzam ou eliminem os referidos efeitos negativos, e indica, portanto, um momento a partir do qual a disposição impugnada deve considerar-se inconstitucional.

Apointa-se ainda a superação de jurisprudência consolidada como hipótese de limitação de efeitos retroativos. A doutrina prospectiva (*prospective overruling*) se justificaria a fim de que se possa proceder à superação de precedentes inadequados sem lesar a confiança dos cidadãos depositada na orientação jurisprudencial até então vigente²⁹⁴.

A superação de jurisprudência consolidada, no entanto, não deve ser entendida propriamente como hipótese autônoma de modulação temporal de efeitos, pois decorrerá ela de situações que se enquadram nos casos de inconstitucionalidade superveniente ou de concretização de princípios constitucionais no âmbito do processo de ponderação, hipótese

²⁹² Nesse sentido esclarece Teori Albino Zavascki que: “(...) a decisão que declara, *ex tunc*, a invalidade de uma norma, embora imponha a sua exclusão do ordenamento jurídico, não acarreta, imediatamente, a invalidade ou a rescisão automática de todos os atos jurídicos e das sentenças anteriores, formados com base na lei inconstitucional. (...) O ajustamento desses atos à nova situação do ordenamento jurídico (do qual foi excluída a norma declarada inconstitucional), quando não se der espontaneamente pelos interessados, deve ser submetida a um processo – judicial ou extrajudicial – próprio, no âmbito do qual, aí sim, o efeito vinculante deverá atuar. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.65.

²⁹³ A legislação processual vigente permite, no entanto, que o devedor se oponha à execução instaurada com base em título judicial fundado em ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Mais especificamente, os preceitos estabelecidos no § 1º do art. 475-L, e no parágrafo único do art. 741, ambos do Código de Processo Civil, equiparam tal hipótese a de inexigibilidade do título, permitindo, assim, que a respectiva matéria seja veiculada em sede de impugnação (art. 475, inciso II) ou embargos à execução (art. 741, inciso II). Equipara-se também à hipótese de inexigibilidade o caso de título judicial fundado em aplicação ou interpretação de ato normativo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal. Para os demais casos, de acordo com a orientação do STJ, é necessário o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir decisão judicial que aplicou lei cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido é o seguinte precedente: Resp n.º 130.886/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; STJ, Julgamento em 18/08/98. Publicação no D.J em 13/10/98. “Ementa: PROCESSUAL - AÇÃO RESCISÓRIA - LEI 7.787/89 - INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL - SÚMULA 343 DO STJ - NÃO INCIDÊNCIA. - Se a decisão judicial rescindenda aplicou lei cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a ação rescisória é cabível. Nada importa que a circunstância de que, na época em que se formou tal decisão, era controvertida nos tribunais a compatibilidade entre a constituição e a lei: a restrição contida na Súmula 343 do STF incide somente, quando o dissídio pretoriano envolvia a interpretação do dispositivo legal.”

²⁹⁴ “Afirma-se também que a alteração de um entendimento com efeitos futuros é a forma mais coerente de lidar com hipóteses de modificação do direito em razão de mutação social ou jurídica, pois possibilita a alteração de regras que se tornaram obsoletas, sem que se retroaja irrazoavelmente, a ponto de atingir período durante o qual elas ainda eram adequadas aos *standards* vigentes.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.265.

em que a retroatividade poderá deixar de ser observada como resultado do sopesamento dos princípios envolvidos.

As situações acima descritas ensejam tratamento diferenciado pela Corte Constitucional no que se refere ao estabelecimento do termo inicial a partir do qual serão produzidos os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. No primeiro caso – inconstitucionalidade superveniente – o termo inicial coincidirá, em regra, com o momento em que a lei deixa de ser constitucional²⁹⁵. No segundo – coisa julgada – não há retroatividade, ressalvadas as hipóteses específicas de decisão proferida em sede de impugnação, embargos à execução ou ação rescisória ajuizada dentro do prazo delimitado na legislação processual²⁹⁶. Apenas no último caso - ponderação entre princípios constitucionais - haverá um espaço mais amplo de conformação desse termo inicial por parte do Poder Judiciário²⁹⁷.

É esse último caso que se insere de forma mais estreita no estudo da doutrina prospectiva e que será analisado de forma mais detalhada nos tópicos seguintes.

3.6.1 Modulação no controle abstrato de constitucionalidade

De acordo com Walter Claudius Rothenburg, as decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade podem apresentar algum grau de variação em quatro dimensões distintas. Poderá haver alterações: (i) *quanto à eficácia vinculante da decisão* (vinculação dos demais órgãos ao seu comando), (ii) *quanto à eficácia material da decisão* (abrangência do seu conteúdo material), (iii) *quanto à eficácia subjetiva da decisão* (abrangência dos sujeitos por ela alcançados), e, (iv) *quanto à eficácia temporal da decisão* (delimitação dos seus efeitos temporais)²⁹⁸.

No que se refere à eficácia temporal da decisão, não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que discipline a matéria, a exemplo do que ocorre em países como

²⁹⁵ Como já afirmado, as circunstâncias fático-normativas poderão, no entanto, justificar que se promova a modulação temporal de efeitos da decisão que reconhece uma situação de inconstitucionalidade superveniente, estabelecendo-se como termo inicial da produção de efeitos um momento distinto daquele em que configurado o vício de inconstitucionalidade.

²⁹⁶ Art. 495 do CPC. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

²⁹⁷ No mesmo sentido ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. Trad. Ignacio Torres Muro. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.48, p.72.

²⁹⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n.º 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.283.

Portugal²⁹⁹ e Itália³⁰⁰. No âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade, ante a omissão da Constituição, entendeu por bem o legislador regular a matéria por intermédio das Leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99 que disciplinam, respectivamente, as ações diretas e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No controle abstrato de constitucionalidade que se dá no âmbito dos Estados, a matéria não recebeu disciplina específica, uma vez que os dispositivos da Lei n.º 9.868/99 direcionam-se ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal³⁰¹.

De acordo com o art. 27 da Lei n.º 9.868/99³⁰², no que se refere ao termo inicial da eficácia temporal, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo poderá: (i) observar a regra geral e retroagir integralmente até a data de edição do ato normativo (eficácia *ex tunc*), (ii) estabelecer um momento pretérito posterior à edição do ato normativo e anterior à data da decisão, (iii) conferir eficácia *ex nunc* à declaração e inconstitucionalidade, validando todos os atos produzidos até a data da decisão, e, (iv) conceder eficácia *pro futuro*, fixando um marco posterior à decisão até o qual a norma inconstitucional será aplicada.

Com exceção da hipótese descrita no item (i), todas as demais pressupõem algum grau de mitigação dos efeitos retroativos decorrentes do reconhecimento de inconstitucionalidade. A hipótese de eficácia *pro futuro*, por sua vez, não só atenua o rigor da retroatividade como igualmente impede a produção de efeitos em um momento imediatamente posterior à data da decisão judicial, buscando-se evitar, com isso, que a declaração de inconstitucionalidade gere uma lacuna normativa que poderá se revelar mais danosa à ordem constitucional do que a própria manutenção provisória do ato normativo atacado.

Embora a Lei n.º 9.868/99 não tenha estabelecido um limite para a fixação do termo final da eficácia *pro futuro*, não se deve entrever ampla discricionariedade por parte do Supremo Tribunal Federal para a delimitação desse termo. Para a sua fixação, deverá o STF

²⁹⁹ Art.282º, número 4: Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

³⁰⁰ Art.136. Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge [134], la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

³⁰¹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Objetivando reproduzir essa disciplina no âmbito das representações por inconstitucionalidade, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro modificou o seu Regimento Interno de forma a incorporar as regras previstas na Lei n.º 9.868/99. Nesse sentido são as disposições contidas nos artigos 104 a 109 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

³⁰² 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. O artigo 11 da Lei n.º 9.882/99 apresenta idêntica disposição.

conjugar a análise das circunstâncias fáticas subjacentes ao caso, necessariamente reconduzidas às normas constitucionais, com o tempo razoável para a edição, pelos demais poderes, da norma cabível³⁰³.

No âmbito da fiscalização abstrata, a ação direta de inconstitucionalidade se revela o instrumento processual mais propício para a modulação temporal de efeitos, uma vez que é nessa via, dado o seu objeto específico, que se observará com maior frequência a devida ponderação entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende reconhecer inconstitucional e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da norma declarada inconstitucional.

Isso não afasta, contudo, a possibilidade de utilização da modulação temporal de efeitos no âmbito das ações declaratórias de constitucionalidade, uma vez que a eventual improcedência do pedido veiculado nessa via processual resultará no reconhecimento de inconstitucionalidade do ato normativo³⁰⁴.

Mesmo na hipótese de declaração de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de mitigação dos efeitos da respectiva decisão ante as particularidades das circunstâncias fáticas do caso. Tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal contra dispositivos da Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) que versam sobre a aplicação dos limites globais das despesas com pessoal do Poder Legislativo distrital.

Conquanto declarada a constitucionalidade dos dispositivos ali impugnados, julgando-se improcedente o pedido formulado, reconheceu o Relator que não seria possível exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amoldasse, de modo retroativo, ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que as despesas com pessoal – embora fora do limite previsto na LRF – já haviam sido efetivamente realizadas. Logo, a adequação, pelo Legislativo distrital, ao percentual de 3% (três por cento), só poderia ocorrer, segundo o STF, a partir do momento em que se pronunciasse sobre o tema³⁰⁵.

³⁰³ Em sentido semelhante, Daniel Sarmiento afirma que: “(...) tendo em vista a absoluta excepcionalidade desta modalidade de decisão, não há porque conceder-se prazo superior àquele necessário para que um legislador diligente edite a norma cabível”. SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. In: _____ (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.128.

³⁰⁴ Nesse sentido é o que dispõe o art. 24 da Lei n.º 9868/99: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

³⁰⁵ Embargos de declaração na ADI n.º 3.756/DF, Relator o Ministro Carlos Britto, julgamento em 24.10.2007: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ILEGITIMIDADE RECURSAL DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS MANEJADOS PELA MESA DA CÂMARA DO DISTRITO FEDERAL. 1. Não havendo participado do processo de fiscalização abstrata, na condição de autor ou requerido, o Governador do Distrito Federal carece de legitimidade

Em todas essas ações diretas, a atividade desenvolvida pelo STF não é propriamente jurisdicional³⁰⁶. O controle judicial exercido nessas ações tem natureza normativa, uma vez que a decisão de inconstitucionalidade acaba por afastar a norma impugnada do ordenamento jurídico. Conforme esclarece Canotilho, no que se refere às atribuições dos tribunais, nem todas as atividades correspondem necessariamente a uma atividade jurisdicional em sentido estrito, devendo ser feita a distinção entre *decisões materialmente jurisdicionais* e *decisões formalmente jurisdicionais*. O controle abstrato seria, nessa acepção, essencialmente uma tarefa legislativa, contrapondo-se, assim, à natureza jurisdicional do controle concreto³⁰⁷.

Os efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas nas ações diretas se operam no plano da normatividade, estabelecendo em abstrato a invalidade do ato normativo impugnado. Esse mecanismo de controle de constitucionalidade, em regra, independe da análise de situações jurídicas concretas que sejam afetas às partes que figuram na relação processual. As partes, nas ações diretas, só figuram nessa qualidade em sentido formal, uma vez que a pretensão material que buscam tutelar – o direito objetivo – atinge a todos indistintamente³⁰⁸.

Na fiscalização abstrata, os efeitos advindos da decisão de inconstitucionalidade são necessariamente extraprocessuais. A decisão atinge a norma em seu plano abstrato, tolhendo-a de eficácia em relação a todos os seus destinatários, objetivando-se, com isso, preservar a higidez do próprio ordenamento objetivo e não de situações subjetivas específicas³⁰⁹.

para fazer uso dos embargos de declaração. Precedentes. 2. No julgamento da ADI 3.756, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido. Decisão que, no campo teórico, somente comporta eficácia *ex tunc* ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão nº 9.475/00, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756 se dará na forma do art. 23 da LC nº 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal.”

³⁰⁶ Conforme já afirmado, Kelsen reconhece os problemas teóricos envolvidos na criação do controle concentrado de constitucionalidade. Um deles diz respeito à natureza da função jurisdicional, tradicionalmente considerada como a de aplicação da lei a um caso concreto e que no controle concentrado pode consistir no julgamento em tese sobre a constitucionalidade da lei, ou seja, na fixação de um juízo não sobre fatos, mas diretamente sobre normas, constituindo uma intromissão no Poder Legislativo. Como forma de minimizar tal problema, sustenta Kelsen, sob o ponto de vista conceitual, que a Corte Constitucional não desempenharia propriamente uma função jurisdicional, bem como afasta uma pretensa contradição entre funções jurisdicionais e políticas. Já sob o ponto de vista instrumental, constrói um modelo de controle de constitucionalidade extremamente reverente ao legislador. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In _____, *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 680-681.

³⁰⁸ Nesse sentido esclarece Hugo de Brito Machado que: ““Tem, assim, essa decisão, efeito que se opera no plano da normatividade. No plano das prescrições jurídicas gerais e abstratas. Não se situa no plano da concreção, como as decisões de caráter jurisdicional, que resolvem conflitos instaurados no plano da concreção do Direito. Ao retirar do ordenamento jurídico a lei ou outro ato normativo que afirma incompatível com a Constituição, opera no plano da abstração jurídica, ou plano normativo, e não no plano das relações jurídicas que nascem da incidência das normas. Não pressupõe a incidência da norma. Não é concernente a relação jurídica, mas simplesmente ao Direito enquanto norma.” MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n.57, p. 74.

³⁰⁹ Nesse sentido Jorge Miranda: “Como está em causa a validade ou a eficácia da norma em si, com vista à preservação objectiva da ordem constitucional, as decisões dirigem-se a todos os órgãos do poder e a toda a comunidade política.”

No controle concreto de constitucionalidade, em contraposição, os efeitos decorrentes do reconhecimento de inconstitucionalidade ficam restritos àquele caso concreto. O ato normativo, abstratamente considerado, permanece incólume, uma vez que a decisão que reconhece a sua inconstitucionalidade é destituída de efeito *erga omnes*, não podendo vincular os demais órgãos. As decisões exaurem os seus efeitos nos respectivos processos e procedimentos³¹⁰.

Afirma-se, com base nisso, que a decisão em controle abstrato tem *força de lei*. Os seus efeitos se aproximam muito mais da disciplina dos atos normativos do que propriamente dos atos judiciais, atingindo todos que estejam sob o domínio da lei viciada, assim como os efeitos que resultariam, no plano normativo, de um ato de revogação³¹¹.

Essa distinção tem decisiva importância na definição dos efeitos das decisões no plano intertemporal. Embora a retroatividade figure como regra geral no controle de constitucionalidade brasileiro, deve ser conferida uma maior flexibilidade à aplicação dessa regra em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que os efeitos advindos desse tipo de controle atingem o ato normativo abstratamente considerado, o que o aproxima do regime jurídico conferido à própria produção normativa que, por sua vez, pressupõe efeitos para o futuro e só excepcionalmente retroativos, não sendo admissível, na retroação, qualquer violação a princípios constitucionais que, diante das circunstâncias fático-jurídicas, devam ser resguardados³¹².

Evidenciadas as características próprias da modulação temporal dos efeitos no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade, cumpre discorrer sobre a forma como ela será realizada. Nesse ponto, estabelece o art. 27 da Lei nº 9.868/99 a exigência de que a modulação temporal dos efeitos seja aprovada por um quorum qualificado de 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A primeira crítica que pode ser direcionada a tal dispositivo é a de que teria andado melhor o legislador se tivesse feito referência ao número de oito Ministros, poupando o

MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. Interesse Público. *Revista Bimestral de Direito Público*, Porto Alegre, n.18, 2003, p.35.

³¹⁰ A única forma de ampliação dos efeitos advindos da decisão tomada em sede de controle concreto de constitucionalidade, de forma a alcançar o ato normativo em abstrato, é a adoção, pelo Senado Federal, da medida prevista no art.52, inciso X, da Constituição, em face de decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. 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.

³¹¹ “(...) as decisões *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 inconstitucional.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1009.

³¹² Em sentido similar MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n.57, p. 76. O regime jurídico conferido à produção normativa será melhor detalhado no item “8” desse capítulo.

intérprete de uma operação matemática de divisão e arredondamento, já que, sendo o STF integrado por 11 Ministros, o quorum de 2/3 não equivaleria a um número inteiro³¹³. No entanto, a crítica mais contundente que pode ser feita ao quorum qualificado de 2/3 que, aliás, não conta com paralelo em outros países, é a de que contrariaria ele a própria sistemática de controle de constitucionalidade adotada pelo ordenamento constitucional pátrio.

De fato, a Constituição Federal, ao regulamentar o exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais, estabeleceu apenas o quorum composto pela maioria absoluta dos membros do tribunal para deliberações que importem no reconhecimento de inconstitucionalidade de um ato normativo³¹⁴.

Mesmo constituindo a modulação temporal de efeitos uma etapa lógica e cronologicamente posterior ao exame da inconstitucionalidade da norma atacada, haverá também na modulação uma ponderação entre princípios constitucionais, não devendo, em princípio, uma norma infraconstitucional pressupor uma preferência em abstrato em favor do grupo de normas constitucionais atingidas pela norma que se pretende reconhecer inconstitucional³¹⁵. Deveria ser dada, em princípio, igual proteção ao grupo de normas constitucionais que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da norma declarada inconstitucional³¹⁶.

Nesse esteio, como não existe hierarquia entre normas constitucionais³¹⁷, mesmo em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a modulação temporal de efeitos deveria

³¹³ Corresponderia precisamente a 7,333... Ministros.

³¹⁴ 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.

³¹⁵ Como não se pode prever quais serão os princípios constitucionais que entrarão em conflito na modulação temporal de efeitos, não se revela possível presumir um escalonamento abstrato entre certos bens e interesses constitucionalmente protegidos, que poderiam ser eventualmente afastados na apreciação de casos concretos.

³¹⁶ Confira-se, a respeito da discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo, Luís Roberto Barroso: “A propósito do art. 27 da Lei nº 9.868/99, é possível, ainda, proceder a uma leitura singular, porém bastante razoável, do dispositivo. Dele se pode extrair um caráter limitador da competência do Supremo Tribunal Federal para restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. De fato, para que a Corte possa decidir a ponderação de valores em favor da proteção dos efeitos da norma declarada inconstitucional – negando, assim, eficácia *ex tunc* à decisão – passou a ser necessário o quorum de dois terços de seus membros. À vista dessa interpretação, coloca-se a questão da legitimidade ou não de o legislador infraconstitucional estabelecer uma preferência abstrata em favor de um dos valores constitucionais em disputa.” Luís Roberto Barroso, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2008, p. 200.

³¹⁷ Essa é a posição majoritária na doutrina brasileira e na jurisprudência do STF. Há, no entanto, aportes doutrinários em prol do estabelecimento de hierarquias prévias entre os bens constitucionalmente tutelados. Conforme aponta Jane Reis Gonçalves Pereira: “no plano dogmático e pretoriano, a instituição dessas hierarquias é defendida de formas variadas. De acordo com uma visão mais radical, seria possível estabelecer uma hierarquia entre as normas da Constituição e o direito suprapositivo, com prevalência deste último. Essa tese foi defendida na conhecida formulação de Otto Bachoff, segunda a qual preceitos constitucionais podem, quando estiverem em desacordo com o direito supralegal, ser invalidados. Tal possibilidade também chegou a ser cogitada pelo Tribunal Constitucional germânico, embora nunca se tenha materializado na prática. Uma outra vertente admite a possibilidade de instituir-se uma hierarquia material entre as normas integrantes da Constituição. Segundo essa teoria, seria admissível invalidar normas oriundas do poder constituinte originário por desconformidade com outras normas de mesma origem, mas de maior importância valorativa. Vale dizer, cogita-se da existência de um escalonamento hierárquico dentro da própria Constituição. Como noticia Bachoff, essa idéia foi sustentada, no constitucionalismo germânico, por Krüger e Giese, para quem é viável que normas constitucionais de teor secundário sejam declaradas inválidas por violação a outras normas constitucionais de maior importância. Um outro modelo de hierarquização não concebe que normas oriundas do poder constituinte originário sejam invalidadas, mas admite que se

ser feita, em princípio, sem imposição prévia do quorum de 2/3, tal como disposto no art.27 da Lei n.º 9.868/99, sob pena de se caminhar contrariamente à racionalidade própria do sistema de controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva, caberia ao STF, diante das circunstâncias concretas e por sua maioria absoluta, como se passa em qualquer outra deliberação, apreciar a preferência e o peso que deve ser atribuído aos diferentes elementos constitucionais eventualmente em confronto em cada caso.

No entanto, mostra-se igualmente possível buscar uma interpretação que compatibilize o preceito que impõe a observância de quorum qualificado na fiscalização abstrata com a Constituição. Apesar da modulação temporal de efeitos decorrer de um juízo de ponderação, o estabelecimento de quorum qualificado para a sua admissão se revela adequado a fim de fomentar ainda mais o ônus argumentativo, minimizando, com isso, o risco de banalização do instituto da modulação³¹⁸.

A maior liberdade na interpretação jurídica provocada pelo paradigma do pós-positivismo impõe nos dias atuais a sobrevalorização da argumentação jurídica no processo de tomada de decisão. Pressupõe ela a análise racional de todos os aspectos relevantes dos argumentos apresentados para a justificação das decisões judiciais.

Compete ao aplicador do Direito compreender todos os possíveis argumentos utilizáveis para a justificação das decisões judiciais, principalmente nos casos difíceis, onde a mera subsunção lógica se demonstre insatisfatória. Nesse cenário, a exigência de quorum qualificado para a deliberação sobre a modulação impõe um maior ônus argumentativo a quem sugerir a sua adoção, uma vez que os argumentos ofertados deverão ser mais qualificados a fim de provocar a persuasão racional de pelo menos 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Sob tal ponto de vista, por decorrer a argumentação jurídica igualmente da sistemática de controle de constitucionalidade em um paradigma pós-positivista, o quorum qualificado de 2/3 previsto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 se legitima como medida que busca trazer maior racionalidade ao processo decisório. É essa a posição que se defende no presente trabalho a

estabeleça uma ordem de preferência abstrata absoluta entre os direitos fundamentais, a qual deve imperar como critério de solução de conflitos em todos os casos concretos. Um paradigma dessa orientação é o constitucionalista argentino Miguel Angel Ekmekdjian. (...) Outra modalidade de hierarquização é aquela empregada como critério adjacente à ponderação. Nesse caso, não se trata de determinar prevalências absolutas de alguns direitos, mas de presumir um escalonamento abstrato entre certos bens e interesses constitucionalmente protegidos, o qual poderá ser afastado, na apreciação de casos concretos, mediante justificação.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.243-252.

³¹⁸ Também entendendo ser o quorum qualificado de 2/3 medida que objetiva impedir uma possível banalização das decisões prospectivas no controle de constitucionalidade das leis, SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. In: _____ (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 126.

fim de legitimar o quorum qualificado de 2/3 como pressuposto obrigatório para a modulação temporal de efeitos em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Estabelecidas as premissas gerais da modulação de efeitos em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, passa-se, a seguir, a discorrer sobre a sua aplicação também em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade.

3.6.2 Modulação no controle concreto de constitucionalidade

Conforme já evidenciado, no Brasil, antes mesmo da edição da Lei n.º 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se a favor da mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, revelando-se permeável à adoção da operância prospectiva com o objetivo de resguardar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé e situações de todo consolidadas e constituídas previamente à declaração de inconstitucionalidade.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal que se revelam precursores sobre o tema foram resultantes do exercício do controle concreto de constitucionalidade. A doutrina recorrentemente cita os seguintes precedentes: (i) RE 78.594 – SP (convalidação dos atos praticados por Oficial de Justiça cuja investidura se deu amparada em lei estadual declarada inconstitucional), julgado anteriormente à Constituição Federal/88, em 07/06/1974³¹⁹, e (ii) RE 122.202 - MG (reconhecimento de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem), julgado posteriormente à Constituição Federal/88, em 10.08.1993³²⁰.

Diversamente do que ocorre na fiscalização abstrata de constitucionalidade, não existe previsão legal específica autorizando a modulação temporal dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade no âmbito da fiscalização concreta, o que, contudo, não pode ser encarado como um fator excludente dessa possibilidade.

Reitere-se, uma vez mais, que a modulação temporal dos efeitos consiste em um juízo de ponderação que independe de autorização legal, decorrendo diretamente do sistema de controle de constitucionalidade. O aplicador do Direito não deve se contentar apenas com

³¹⁹ “EMENTA: FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. DE OFICIAL VALIDADE DO ATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DE FATO. APESAR DE PROCLAMADA A ILEGALIDADE DA INVESTIDURA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA, EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL QUE AUTORIZOU TAL DESIGNAÇÃO, O ATO POR ELE PRATICADO É VALIDO. - RECURSO NÃO CONHECIDO.”

³²⁰ “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigia lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte.”

uma 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 concreta, a tomar em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos.

Para que o sistema de controle de constitucionalidade como um todo se mantenha coerente e sem contradições, sempre que se esteja perante uma situação em que se conclua que a não aplicação da norma julgada inconstitucional conduz a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles que advêm da sua aplicação, a limitação de efeitos deve ser considerada não só legítima como necessária. Caso contrário, haveria o risco de o Judiciário não reconhecer a inconstitucionalidade da norma tendo em vista as graves consequências que poderiam advir de uma decisão nesse sentido³²¹.

Isso não importa o reconhecimento da total equiparação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. Embora admissível a modulação de efeitos no controle difuso-incidental, tais efeitos alcançam apenas as partes que figuraram na respectiva relação processual (*inter partes*)³²².

Ademais, conforme já evidenciado, deve ser conferida uma maior flexibilidade à aplicação da modulação temporal de efeitos em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que os efeitos advindos desse tipo de controle atingem o ato normativo abstratamente considerado, o que o aproxima do regime jurídico conferido à própria produção normativa.

No controle concreto de constitucionalidade, em contraposição, os efeitos decorrentes do reconhecimento de inconstitucionalidade ficam restritos ao caso concreto, devendo-se nele prestigiar, em princípio, a retroatividade. Nessa modalidade de controle, há uma natural expectativa por parte dos autores das demandas judiciais no sentido de que as suas pretensões sejam integralmente acolhidas, o que pressupõe, na maior parte dos casos, que os efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade tenham efeitos retroativos de forma a favorecê-los³²³. Em todo caso, as circunstâncias fático-normativas do caso sob análise poderão evidenciar a necessidade de afastamento dessa regra em favor da mitigação de efeitos.

³²¹ Veja-se neste sentido MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.744.

³²² Em sentido contrário Gilmar Ferreira Mendes para quem houve uma evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que resultaria na equiparação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. Ainda segundo o autor, teria ocorrido um processo de obsolescência do instituto da suspensão pelo Senado Federal da eficácia da lei declarada inconstitucional, previsto no art. 52, inciso X, da Constituição. MENDES, Gilmar Ferreira. *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 273.

³²³ Esclarece a respeito Rui Medeiros que: “(...) a admissibilidade de uma limitação de efeitos na fiscalização concreta não significa que um tribunal possa desatender, com base numa decisão puramente discricionária, a expectativa daquele que

No sistema judicial brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, mesmo após a edição da Lei n.º 9.868/99, admitiu a modulação de efeitos no âmbito do controle concreto³²⁴, não estendendo, contudo, às hipóteses de recepção sob a premissa de que a não recepção de ato normativo pré-constitucional não importa em declaração de inconstitucionalidade, mas apenas o reconhecimento de sua pura e simples revogação³²⁵.

iniciou um processo jurisdicional com a consciência da inconstitucionalidade da lei que se opunha ao reconhecimento da sua pretensão. A delimitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não é fruto de ‘mero decisionismo’ do órgão de controle. O que se verifica é tão-somente que, à luz do ordenamento constitucional no seu todo, a pretensão do autor à não aplicação da lei em desconformidade com a Constituição não tem, no caso concreto, fundamento.” MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.747.

³²⁴ Nesse sentido RE n.º 266994 / SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 31.03.2004. “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29), é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. A ausência de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer lesão aos demais princípios constitucionais nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). Inconstitucionalidade. 7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário não conhecido.”

³²⁵ AgR no AI n.º 582.280-3/ RJ. Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 12.09.2006. “E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ - PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO IMPROVIDO. 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA "EX TUNC" OU COM EFICÁCIA "EX NUNC")? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O "STATUS QUAESTIONIS" NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex tunc" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma

Essa premissa se respalda em tecnicismo incompatível com o sistema de controle de constitucionalidade, uma vez que também as hipóteses de reconhecimento de não recepção de ato normativo pré-constitucional poderão acarretar a necessidade de ponderação entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende reconhecer não recepcionada e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência da norma declarada revogada³²⁶.

Dessa forma, a interpretação que melhor se compatibiliza com o sistema de controle de constitucionalidade é a que permite que qualquer juiz possa reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade de um ato normativo, seja ele anterior ou posterior à Constituição e, eventualmente promover, à luz das circunstâncias fático-normativas do caso, a modulação temporal de efeitos da decisão que adota essa premissa como pressuposto lógico para dirimir a questão central posta em juízo.

Nos tribunais, por força do procedimento previsto nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, que dá concretude à cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição³²⁷, competirá ao Tribunal Pleno ou aos Órgãos Especiais reconhecer a inconstitucionalidade no controle difuso-incidental e, eventualmente, aplicar a modulação temporal de efeitos. Excepcionam-se apenas as hipóteses em que já houver pronunciamento anterior dos referidos órgãos ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão³²⁸.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), em particular, deve ser afastada a orientação restritiva originariamente consolidada no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial n.º 215.881, que limitou o exercício do controle difuso-incidental de constitucionalidade na apreciação de recurso especial interposto com fundamento no art.105, inciso III, da Constituição. Nesse julgamento, prevaleceu, por maioria, o entendimento de

legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.”

³²⁶ Em voto-vista, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes já defendeu, contrariamente à posição vencedora, a possibilidade de adoção da técnica da modulação temporal quando se está diante do fenômeno da não recepção pelo STF de norma ordinária pré-constitucional. AI 582280 AgR / RJ, Relator o Ministro Celso de Mello, Julgamento em 12.09.2006. Veja-se o seguinte trecho: “(...) há possibilidade de se modularem os efeitos da não-recepção de norma pela Constituição de 1988, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional.”

³²⁷ 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.

³²⁸ Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, o STJ não dispõe, em princípio, do contencioso constitucional de forma abrangente³²⁹.

Mais precisamente, prevaleceu nesse julgamento a tese de que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, seria permitido ao STJ reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo desde que a declaração de inconstitucionalidade não seja a favor do recorrente. Apenas nas hipóteses em favor da parte recorrida, bem como nos demais casos concernentes às competências previstas nos incisos I e II do art. 105 da Constituição, poderia o STJ desfrutar livremente do contencioso constitucional³³⁰.

Essa orientação, no entanto, respalda-se em mais um tecnicismo incompatível com o sistema de controle de constitucionalidade, pois busca prestigiar uma interpretação isolada e restritiva do art.105, inciso III, da Constituição, em detrimento de uma necessária interpretação sistemática desse dispositivo em sintonia com as demais disposições constitucionais.

De fato, o recurso especial é de fundamentação vinculada e só se mostra cabível, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição, quando a decisão recorrida de única ou última instância, proferida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal³³¹.

³²⁹ AI no REsp 215881 / PR, Relator para o acórdão o Ministro Nilson Naves. Corte Especial. Julgamento em 18/04/2001. Publicação no DJ de 08/04/2002.

³³⁰ “Ementa: Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.
2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.
3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso Especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento.
4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.
5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).
6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.
7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.
8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.
9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos.”

³³¹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

Isso não afasta, contudo, a possibilidade de o ato impugnado também ensejar violação a um preceito constitucional, hipótese em que o STJ não poderá se furtar ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade. A interpretação sistemática da Constituição evidencia que todos os tribunais têm o poder-dever de pronunciar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos contrários à Constituição. Entendimento contrário prejudicaria a rigidez e a supremacia da Constituição, tuteladas por instrumentos de controle de constitucionalidade confiados aos diversos órgãos do Poder Judiciário.

Por outro lado, conforme já se teve oportunidade de registrar, a adoção do princípio da juridicidade, em detrimento do princípio da legalidade estrita, revela uma nova perspectiva de análise da validade dos atos normativos e dos atos jurídicos em geral. A validade deixa de ser analisada de forma unidirecional, confrontando-se o ato jurídico com um único paradigma de validade, passando a uma análise multidimensional, onde o ato jurídico e os efeitos por ele produzidos deverão ser confrontados com inúmeras referências normativas consideradas em sua integralidade, dentre as quais, as que se encontram consolidadas nas regras e princípios constitucionais.

Evidencia-se, assim, que o STJ tem o poder-dever de exercer o controle difuso de constitucionalidade no recurso especial fundamentado no art. 105, III, da Constituição, independentemente do fato de a declaração de inconstitucionalidade beneficiar a parte recorrente ou a parte recorrida³³².

Demonstrada, assim, a aplicação da perspectiva prospectiva no controle abstrato e no controle concreto de constitucionalidade, faz-se no tópico seguinte a análise de alguns aspectos processuais correlatos à sua utilização.

3.6.3 Aspectos processuais específicos

Muito embora tenha se evidenciado que a lógica prospectiva decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade, a sua observância prática deverá ocorrer estritamente nas hipóteses em que se conclua que a não aplicação da norma julgada

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

³³² Embora não se possa atribuir como sendo esse o entendimento atual do STJ em razão de o caso beneficiar a parte recorrida e de haver inúmeros outros precedentes em sentido diverso, no julgamento da Arguição de inconstitucionalidade no Recurso Especial n.º 616348, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro teve oportunidade de registrar que “não tem sentido declarar a inconstitucionalidade se for a favor do recorrido e não do recorrente. Isso é difícil de se aceitar. Se há uma viabilidade à inconstitucionalidade e ela é suscitada quando do julgamento da Turma, penso que pode beneficiar uma ou outra parte. Não me parece lógico que a declaração de nulidade da lei fique jungida apenas ao recorrente ou ao recorrido.” AI no REsp 616348 / MG, Relator para o acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki. Corte Especial. Julgamento em 15/08/2007. Publicação no DJ de 15/10/2007.

inconstitucional conduz a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles que advêm da sua aplicação.

O reconhecimento judicial de inconstitucionalidade deverá produzir, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*) que, por sua vez, só poderão ser afastados mediante um severo juízo de ponderação que, tendo em vista a análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer o princípio da segurança jurídica ou outro princípio constitucional relevante³³³.

Essa conclusão se extrai do próprio sistema de controle de constitucionalidade, que não tolera a existência válida de um ato normativo incompatível com um preceito da Constituição. Apenas em casos excepcionais, em que os resultados produzidos pela exclusão da norma inválida serão ainda mais graves sob o ponto de vista constitucional, é que a perspectiva prospectiva terá aplicação.

Idêntica intenção se revela nos dispositivos da Lei n.º 9.868/99. Observa-se que o preceito estabelecido no art. 27 condiciona a utilização da modulação à existência de razões constitucionais que justifiquem a preservação das situações produzidas durante a vigência da norma inconstitucional (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social).

Essa regra geral de retroatividade, no entanto, é afastada nos provimentos cautelares tendo em vista o caráter precário de tais provimentos. É o que dispõe o art. 11, § 1º, da Lei n.º 9.868/99, ao estabelecer o efeito *ex nunc* como regra geral dos provimentos cautelares³³⁴. Mesmo antes de qualquer disposição normativa a respeito, o Supremo Tribunal Federal já havia firmado orientação no sentido de atribuir eficácia prospectiva ou *ex nunc* às decisões concessivas de liminar³³⁵.

A excepcionalidade da modulação temporal dos efeitos revela igualmente a necessidade de que as decisões que a veiculem sejam devidamente justificadas. A utilização da perspectiva prospectiva deverá importar obrigatoriamente na apresentação de uma

³³³ Em sentido similar Gilmar Ferreira Mendes: “O princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. (...) O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.” MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei – “Unvereinbarkeitserklärung” – na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 118, 1983, p.25.

³³⁴ Art. 11. (...) § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

³³⁵ Nesse ponto afirma Carlos Roberto Siqueira Castro que, “sem que houvesse expressa definição de caráter preceitual, o Supremo Tribunal Federal afirmou sua competência para imprimir eficácia prospectiva ou *ex nunc* às decisões concessivas da suspensão liminar, como, de resto, é melhor apropriado à natureza da medida cautelar, mas, de todo modo, estabelecendo, pelo viés da livre adaptação judicial do sistema normativo, uma nítida diferenciação em face dos efeitos retroativos ou *ex tunc* tradicionalmente aplicáveis aos julgamentos de mérito nas ações diretas.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.ºs 9.869 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.89.

fundamentação específica³³⁶ que justifique a sua utilização, fundamentação essa que permita identificar todos os princípios constitucionais em colisão, assim como os fatos relevantes, dentre os quais se incluem as consequências advindas do reconhecimento de inconstitucionalidade de um determinado ato normativo³³⁷.

A obrigatoriedade de apresentação de uma motivação bem estruturada e transparente, que justifique a aplicação da modulação temporal de efeitos, decorre não só do seu caráter excepcional como igualmente resulta da sua própria natureza, visto que resulta ela de um juízo de ponderação onde o aplicador do Direito irá atuar em um campo de pouca densidade normativa e de grande elasticidade conceitual. A maior liberdade de interpretação por parte do aplicador do Direito traz como consequência o dever de melhor fundamentar as suas decisões de forma a legitimá-la através de argumentos racionais e convincentes³³⁸.

Nesse ambiente, o Poder Judiciário só poderá reduzir o âmbito de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade mediante a apresentação de uma fundamentação específica que demonstre a legitimidade dessa opção. As decisões em prol da modulação temporal de efeitos devem ser sempre fundamentadas, demonstrando-se que o interesse constitucional que se pretende salvaguardar no caso sob análise deve prevalecer em um severo juízo de ponderação³³⁹. Deve ser ainda assegurada ampla publicidade à decisão que aplica a modulação de forma a permitir que as razões em favor da modulação sejam conhecidas por todos³⁴⁰.

A modulação temporal de efeitos, por outro lado, não consiste em atividade puramente discricionária. A delimitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deverá ocorrer

³³⁶ Vide a respeito Roberto Romboli: “(...) parece necesario que las decisiones constitucionales sean siempre completamente motivadas, no tanto con el fin de una eventual impugnación, dada la irrecorribilidad de las mismas, como por el hecho de dirigirse a una pluralidad de interlocutores y de poder ser, por tanto, controladas en tal sentido. (...) Com respecto a la eficacia ‘externa’, una motivación clara y exhaustiva, si por un lado permitiría a la Corte una mayor capacidad de intervención sin estar obligada a retraerse por el excesivo carácter político de la cuestión, por el otro garantizaría una mayor homogeneidad de juicio por parte de la misma y la posibilidad de un control de sus decisiones por parte de la opinión pública, ante la cual aquélla parece que debe responder de alguna manera, y también serviría como orientación a la actividad de equilibrio entre los diferentes valores constitucionales que el Parlamento está llamado a desarrollar cuando se dispone a aprobar una ley (...).” ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. Trad. Ignacio Torres Muro. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.48.

³³⁷ O ônus argumentativo, no entanto, será menor em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que, como visto, deve-se imprimir maior flexibilidade à aplicação da modulação temporal de efeitos nessa espécie de controle.

³³⁸ Em sentido similar, afirma Silvia Faber Torres que: “Na medida em que a perda de densidade das leis e surgem espaços próprios de decisão pelo Poder Executivo e seus órgãos de regulação vão se afirmando no direito público hodierno como realidades irrecusáveis, a uma conclusão se pode chegar inequivocamente: a de que os processos decisórios devem garantir o máximo de transparência possível, de vez que o Estado de Direito concebido em termos substantivos exige transparência em cada passo procedimental.” TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.135-136.

³³⁹ Em sentido similar FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.315.

³⁴⁰ O direito à informação é consagrado expressamente na Constituição Federal nos arts. 5º, inciso XXXIII, 37, § 3º, inciso II, e 216, § 2º. A Constituição Federal igualmente estabelece a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX). No plano infraconstitucional, o direito à informação foi disciplinado pela Lei n.º 12.257/2011.

sempre que, após um severo juízo de ponderação, constatar-se que a não aplicação da norma julgada inconstitucional conduz a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles que advêm da sua aplicação³⁴¹.

O Supremo Tribunal Federal permite, ainda, que ocorra a modulação temporal dos efeitos independentemente de pedido formulado pelas partes, podendo ser a matéria conhecida de ofício pelo Tribunal³⁴². Há, assim, a flexibilização do princípio da congruência nesse campo específico de atividade processual³⁴³.

Demonstrou-se, assim, que, embora a modulação temporal de efeitos seja inerente ao sistema de controle de constitucionalidade, esse mesmo sistema preconiza a aplicação *prima facie* da retroatividade que, no entanto, poderá ser afastada mediante um severo juízo de ponderação.

3.7 Modulação no âmbito administrativo

Os pressupostos para a modulação temporal de efeitos encontram-se presentes nas três esferas de poder. No âmbito administrativo, inúmeras são as situações que ensejam a modulação temporal de efeitos, recebendo o princípio da proteção da confiança legítima especial atenção nessa seara. Há, de igual sorte, inúmeros dispositivos normativos que propugnam pela irretroatividade de efeitos, a exemplo do que dispõe o art. 146 do CTN³⁴⁴.

No Brasil, parte expressiva da doutrina tradicional rejeitava a existência de mais de um grau de invalidade dos atos administrativos. O ato administrativo era tratado de forma

³⁴¹ Rui Medeiros entende se tratar de uma atividade vinculada: “(...) o poder de limitação dos efeitos não é, nesses casos, um poder político-discricionário do órgão de controlo. Pelo contrário, e parafraseando Valério Onida, a limitação de efeitos é a *rime obbligate*.” MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão e inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.744.

³⁴² Embargos de declaração no RE nº 500171/GO. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16/03/2011. “EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos.”

³⁴³ Sobre a flexibilização do princípio da congruência no processo constitucional, veja-se por todos Roberto Romboli: “El principio de congruência ha sido construído esencialmente con vista a las exigencias y a las particularidades del proceso civil, por lo cual viene inevitablemente a sufrir las necesarias modificaciones, o mejor adaptaciones, en consideración a las exigências muy particulares del proceso constitucional y a sus características peculiares. Este principio, en efecto, acaba en la práctica por ser más teórico que real (...).” ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. Trad. Ignacio Torres Muro. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.48.

³⁴⁴ Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. Como exemplos ainda de dispositivos editados em prol da segurança jurídica e da tutela da confiança, destaquem-se os seguintes: artigos 2º, parágrafo único, inciso XIII, e 54 da Lei n.º 9.784/99, e, art.59, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93. Tratando especificamente da modulação temporal de efeitos, cite-se o § 3º do art.53 da Lei n.º 5.427/09 do Estado do Rio de Janeiro.

binária. Ele seria legal ou ilegal, válido ou inválido. Conforme afirmava Hely Lopes Meirelles, o ato administrativo *jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou a anulabilidade*.³⁴⁵.

A existência de um ato administrativo dá ensejo à formação e ao desenvolvimento de outras relações jurídicas. A maioria dessas relações não existiria se o primeiro ato não tivesse sido praticado. Com o desfazimento retroativo do primeiro ato, porém, a consequência lógica e natural segundo uma concepção restrita de legalidade administrativa seria, além da desconstituição dos seus próprios efeitos, também a desconstituição das relações jurídicas e dos atos que dele decorreram, tudo retroativamente.

Os atos administrativos com vício de legalidade, sob tal ponto de vista, não poderiam produzir efeitos válidos. Prevalencia uma leitura estrita do princípio da legalidade que não admitia a produção de qualquer efeito válido por um ato administrativo contrário ao ordenamento jurídico³⁴⁶.

Esse entendimento amparou, inclusive, o surgimento de construção teórica que preconizava a possibilidade de a Administração Pública poder rever os atos administrativos inválidos a qualquer tempo. Sob tal ótica, ante a ausência de dispositivo legal estabelecendo um prazo prescricional específico para a invalidação do ato ilegal, poderia a Administração Pública assim proceder sem restrição de tempo³⁴⁷. O poder de autotutela da Administração, nessa perspectiva, seria irrestrito³⁴⁸.

³⁴⁵ “Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as consequências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definidas; não admite convalidações.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.188-189. Essa também era a posição originária de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Os efeitos da invalidação consistem em fulminar o ato viciado e seus efeitos, inúmeras vezes atingindo-o *ab initio*, portanto retroativamente.” O autor, no entanto, mudou sua posição anterior sobre o assunto: “(...) a anulação, com frequência, mas não sempre, opera *ex tunc*.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.426.

³⁴⁶ No mesmo sentido Juarez Freitas: “(...) o tema dos atos administrativos constitutivos de direitos foi, por muito tempo, dominado tão-somente pelo princípio da legalidade, cuja vigorosa e soberana prevalência determinava, de modo invariável, a supressão, sempre com efeitos *ex tunc*, de todos os atos irregulares da Administração Pública.” FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 324.

³⁴⁷ Conforme anota Patrícia Ferreira Baptista: “A questão, porém, jamais foi pacífica, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Sensíveis ao argumento da segurança jurídica, muitos autores se recusavam a admitir que os atos administrativos pudessem permanecer indefinidamente pendentes. Pretendia-se, portanto, suprir a omissão do legislador invocando ora a aplicabilidade do maior prazo prescricional então previsto na lei civil brasileira, ora a prescrição quinquenal por analogia com a prescrição judicial.” BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p. 237-238. A matéria encontra hoje disciplina específica no art. 54 da Lei n.º 9.784/99, que estabelece que o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

³⁴⁸ Pode-se apontar como marcos da autotutela administrativa a edição, pelo STF, da Súmula n.º 346 (A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos) e, posteriormente, da Súmula n.º 473 (A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação

Esse posicionamento, no entanto, foi superado progressivamente à medida que o tratamento binário conferido aos atos administrativos se revelou insatisfatório para lidar com as situações produzidas pela realidade. Inúmeras situações jurídicas estabelecidas sob o amparo de atos administrativos inválidos passaram a receber o abrigo de princípios jurídicos, como o da segurança e da proteção da confiança legítima, de forma a que o cidadão de boa-fé não fosse indevidamente prejudicado por um erro da Administração Pública³⁴⁹.

Na doutrina, alguns autores insurgiram-se contra a irrestrita eficácia retroativa advinda da desconstituição dos atos administrativos inválidos, invocando os já citados princípios da segurança e da proteção da confiança legítima em prol da mitigação de efeitos. Miguel Seabra Fagundes, por exemplo, já admitia a manutenção dos efeitos de um ato administrativo ilegal como resultado de uma ponderação entre os interesses relevantes em jogo. Embora reconhecesse que a violação à lei pelo ato administrativo se revelasse, em princípio, atentatória ao interesse público, admitia que circunstâncias concretas poderiam legitimar a perpetuação de inúmeras situações jurídicas construídas com espeque no ato inválido³⁵⁰.

Por outro lado, como bem observa Gustavo Binenbojm, atualizador da obra de Miguel Seabra Fagundes, a Administração Pública não pode invocar para si a estrita observância do princípio da legalidade em detrimento do cidadão. O princípio da legalidade foi concebido como mecanismo de defesa do indivíduo frente à atuação do Estado, não podendo voltar-se contra o próprio cidadão em razão de um erro cometido pela Administração Pública³⁵¹.

judicial). Veja-se a respeito MAFFINI, Rafael. Modulação temporal *in futurum* dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista de Direito do Estado*, n.14, p.191-208.

³⁴⁹ Juarez Freitas esclarece que: “(...) esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial começou, a pouco e pouco, a ceder lugar a uma nova concepção, segundo a qual nem todos os atos inválidos são suscetíveis de anulação. É que a aparência de legalidade, a passagem do tempo, o imperioso dever de preservar a segurança das relações jurídicas e, por fim, o justo respeito à boa-fé e à confiança legítima que os administrados depositaram na Administração, impedem o puro e simples desfazimento dos efeitos favoráveis produzidos pelos atos do Poder Público.” FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 324.

³⁵⁰ Nesse sentido FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 52-54. Conforme anota Gustavo Binenbojm, atualizador da obra: “É de se destacar a atualidade e a prudência do posicionamento de M. SEABRA FAGUNDES, que, a seu tempo, antevia a necessidade da ponderação de interesses no caso concreto. Com efeito, muitas vezes é mais consentâneo ao interesse público a manutenção do ato administrativo inválido.” FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 54.

³⁵¹ “É interessante observar que a doutrina formalista que propugna a simples primazia do princípio da legalidade administrativa, concluindo pela impossibilidade absoluta de manutenção de ato administrativo viciado, olvida-se do fundamento de origem de tal princípio. Com efeito, a legalidade administrativa foi cunhada com a finalidade de proteger os indivíduos contra o próprio Estado. A noção que prega a impossibilidade de manutenção dos atos administrativos inválidos passa ao largo disso, optando por uma solução formalista e contrária aos postulados do Estado Democrático de Direito. De fato, ao anular um ato privilegiando o princípio da legalidade, sem observância de outros princípios, como o da segurança jurídica, o Poder Público está amparando a si próprio e não aos particulares destinatários originários do princípio em questão.” FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.55.

A simples edição do ato administrativo, dada a presunção de legitimidade de que são revestidos os atos estatais em geral, gera no cidadão a expectativa de que deverá pautar a sua conduta de acordo com o ato editado. O posterior reconhecimento de invalidade do ato administrativo, por conseguinte, não deverá alcançar as relações estabelecidas de boa-fé pelos cidadãos, notadamente quando o decurso do tempo apresenta-se como elemento de estabilidade das situações jurídicas até então produzidas³⁵².

De modo análogo ao Poder Judiciário, a Administração Pública deverá realizar a ponderação³⁵³ entre os princípios constitucionais violados pelo ato administrativo que se pretende declarar inválido e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência do ato declarado inválido, recebendo os princípios da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica especial destaque nesse processo³⁵⁴.

A proteção da confiança se expressou originariamente no sistema judicial brasileiro com a denominada teoria da aparência. Adotando-a, o Judiciário nacional recusou-se a invalidar os atos praticados por funcionários investidos por força de lei inconstitucional. Buscou-se, com isso, proteger a aparência de legalidade dos atos praticados pelos denominados *funcionários de fato* em favor da boa-fé de terceiros que desconheciam o vício que maculava a investidura desses funcionários. Os atos administrativos ilegais foram convalidados primordialmente com o escopo de proteger os cidadãos que, de boa-fé, foram por eles alcançados³⁵⁵.

³⁵² Em sentido semelhante Gustavo Binenbojm: “Tendo agido o particular subjetivamente de boa-fé (boa-fé subjetiva), confiando legitimamente em uma situação digna de confiança gerada pelo Poder Público (*standard* de comportamento leal e confiável médio que se aproxima da boa-fé objetiva) e tendo orientado efetivamente a sua conduta em conformidade com essas premissas, não é *justo*, em maioria dos casos, que essa *confiança legítima* do particular seja frustrada por uma *mudança de posição* do Estado – seja ela decorrente da invalidação de um ato administrativo ilegal ou da declaração de inconstitucionalidade de uma lei.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.181-182.

³⁵³ “Nesse sentido Gustavo Binenbojm: “Assim, como em qualquer caso onde se verifica a incidência simultânea de mais de um vetor constitucional apontando em sentidos opostos, cabe ao intérprete lançar mão da *ponderação proporcional* entre os princípios conflitantes. Em tal operação, deverá o intérprete-aplicador do direito sopesar: de um lado, a importância relativa, em termos sistemáticos, da norma legal violada (por assim dizer, a *gravidade* da ilegalidade perpetrada), verificando a possibilidade de convalidação do vício por novo ato (sanatória voluntária) ou o decurso do prazo decadencial para a anulação do ato (sanatória involuntária)³⁵³; de outro lado, a existência de confiança legítima (dada pela apuração da boa-fé objetiva, qualificada ainda pela legitimidade da confiança nutrida pelo particular, na situação sob exame); a prática de atos pelo particular baseados na conduta da Administração; o tempo transcorrido desde a conduta da Administração; e o grau de irreversibilidade da situação em que se encontre o particular em decorrência da legítima confiança que foi levado a nutrir pela conduta da Administração.” BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.198-199.

³⁵⁴ Patrícia Ferreira Baptista faz importante observação no sentido de que: “ao contrário do que ocorre no direito civil, no direito administrativo não é o tipo nem o grau do vício que macula o ato que vão determinar se o desfazimento desse ato terá efeitos retroativos (*ex tunc*) ou para o futuro (*ex nunc*). A modulação temporal dos efeitos no desfazimento do ato administrativo ilegal com vício de legalidade será determinada basicamente pela tutela da confiança legítima (boa-fé + segurança jurídica).” BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p. 247.

³⁵⁵ Em sentido similar Patrícia Ferreira Baptista: “Assim, com base nessa teoria, a jurisprudência passou a reconhecer a validade de atos praticados em relação aos administrados por um funcionário irregularmente investido no cargo, o chamado

A segurança jurídica, por sua vez, constitui elemento central dentre as razões subjacentes à denominada teoria do fato consumado. Essa teoria conduz à preservação de atos administrativos ilegais que, com o correr do tempo, geraram situações de fato consolidadas e, muitas vezes, irreversíveis³⁵⁶.

Os princípios da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica, presentes nas orientações jurisprudenciais acima assinaladas, evidenciam que o ordenamento jurídico também deve assegurar a manutenção dos efeitos produzidos por atos estatais ilegais. Ainda que no plano abstrato essa solução pareça atentatória à própria preservação da higidez do sistema jurídico, as situações observáveis no plano concreto poderão assinalar que esse mesmo sistema, em sua unidade, deva conferir proteção a tais situações³⁵⁷.

A proteção da confiança legítima e a preservação da segurança jurídica motivaram a edição de inúmeros dispositivos normativos que disciplinam a esfera administrativa. É o caso, por exemplo, do art. 54 da Lei n.º 9.784/99³⁵⁸ que, ao regular o processo administrativo no âmbito federal, estabelece critério objetivo para a não invalidação dos atos administrativos viciados de que decorram direitos para os administrados. Em se tratando de ato favorável e estando de boa-fé o destinatário, fica a Administração impedida de anulá-lo, uma vez transcorridos cinco anos da sua edição. A mesma Lei, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, vedou igualmente a aplicação de nova interpretação de norma jurídica a fatos pretéritos.

Antes mesmo da edição da Lei n.º 9.784/99, a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93) já trazia dispositivo específico com o objetivo de preservar os atos decorrentes de condutas administrativas inválidas. Trata-se do art. 59, parágrafo único, que estabelece o dever da Administração de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que

funcionário de fato. Nessas hipóteses, tratava-se de assegurar a validade dos atos conexos ao ato originalmente inválido (a nomeação do servidor).” BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, p. 258-259.

³⁵⁶ Veja-se a título de exemplo o seguinte julgado: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALUNO. TRANSFERÊNCIA. CONCLUSÃO DO CURSO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. O Supremo, ao analisar hipótese em que houvera conclusão de curso superior antes do trânsito em julgado da decisão em que se discutia a idoneidade do ato de matrícula do aluno, manifestou-se pela aplicação da teoria do fato consumado à espécie. Agravo regimental a que se dá provimento.” Agravo regimental no RE n.º 429906/SC, Relator o Ministro Eros Grau, julgamento em 19/08/2008.

³⁵⁷ Registra sobre o ponto Ricardo Lodi Ribeiro que: “Se no passado, a previsibilidade da atuação estatal seja garantida principalmente pela proibição da irretroatividade das leis, hoje, sua faceta mais sensível é revelada igualmente pela manutenção dos atos estatais, ainda que contrários ao Direito, em razão da proteção da segurança jurídica embasada na confiança legítima do cidadão, a partir do dever de boa-fé, que deve presidir as relações entre o Estado e seus administrados, como dever de agir com coerência e lógica, ainda que estes não tenham chegado a admitir o direito originado nesses atos ilegais.” RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229.

³⁵⁸ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

nulidade do contrato for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que a nulidade não lhe seja imputável³⁵⁹.

Dispositivo ainda mais antigo em prol da segurança jurídica e da tutela da confiança foi estabelecido no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu art. 146, que veda a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento³⁶⁰. Esse dispositivo objetiva assegurar a estabilidade das orientações tributárias firmadas pela Administração Pública, evitando-se, com isso, que o contribuinte seja surpreendido com uma alteração do entendimento até então prevalecente³⁶¹.

Na Administração Pública no Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual n.º 5.427/09, que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do referido ente federativo, apresenta duas significativas inovações sobre o tema. A primeira refere-se ao reconhecimento da proteção da confiança legítima dentre os princípios que devem orientar o processo administrativo³⁶².

A segunda inovação diz respeito à expressa admissão da modulação temporal de efeitos no âmbito da Administração Pública. Mais precisamente, dispõe o § 3º do art. 53 que os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado³⁶³.

³⁵⁹ Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

³⁶⁰ Sobre o tema vide Misabel Abreu Machado Derzi: “Como já realçamos, o princípio da irretroatividade (do direito) não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os Tribunais. O que significa que a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo a se desviarem da prática até então utilizada, e na qual o contribuinte tinha confiado.” DERZI, Misabel Abreu Machado. Comentário ao art. 146 do CTN. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 387-388.

³⁶¹ Misabeu Derzi, ao apontar o art. 146 do CTN como exemplo da aplicação da teoria da aparência no direito tributário, esclarece: “O contribuinte deve poder confiar nos atos administrativos individuais praticados pela Administração tributária. Se houve erro porque se baseava em lei benéfica, que se revelou inconstitucional ou em jurisprudência que se alterou, a chancela da Fazenda Pública cria a responsabilidade pela aparência, em favor do contribuinte.” DERZI, Misabeu Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p.488.

³⁶² Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.

³⁶³ Art. 53. § 3º Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.

Revela-se, assim, indiscutível que a modulação temporal de efeitos decorre igualmente da sistemática de controle dos atos administrativos, reconduzindo-se a questão acerca dos efeitos decorrentes da invalidade de tais atos à ponderação entre os princípios constitucionais violados pelo ato administrativo que se pretende declarar inválido e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência do ato declarado inválido.

3.8 Modulação no âmbito legislativo

A segurança jurídica e a proteção da confiança devem integrar a base da política legislativa. Como regra geral, os atos normativos não devem ser editados com pretensões retroativas, preservando-se, com isso, as relações jurídicas constituídas validamente e desenvolvidas de acordo com o paradigma normativo então vigente. Fala-se, nesse esteio, na inadmissibilidade de leis retroativas³⁶⁴.

Consagrou-se universalmente a ideia de não-retroatividade da lei como forma de se garantir o planejamento feito pelos indivíduos com base no paradigma normativo até então vigente, evitando-se, com isso, que os cidadãos sejam surpreendidos em suas ações que, até então, eram reputadas legítimas pelo sistema jurídico³⁶⁵.

Conforme afirma Larenz, a inadmissibilidade da retroatividade das leis consiste na aplicação do princípio da confiança na relação entre cidadão e legislador. Ao legislador não é permitido frustrar essa confiança, salvo em situações excepcionais justificadas por princípios jurídicos³⁶⁶. O efeito retroativo da lei encontra repulsa na consciência jurídica, além de

³⁶⁴ Em sentido similar Karl Larenz: “Otro principio del Estado de Derecho, cuya conexión con el antes debatido principio de la confianza es muy clara, es el de la inadmisibilidad de las leyes retroactivas. La idea de que no le es lícito al legislador intervenir en relaciones jurídicas ya desenvueltas emerge en los juristas romanos.” LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p.162.

³⁶⁵ Nesse ponto esclarece Caio Mário da Silva Pereira que: “Em doutrina pura, ou no terreno da abstração filosófica, vige a noção universalmente consagrada da não-retroatividade da lei, seja porque a palavra *legislativa* se volta do presente para o futuro, com o propósito de estabelecer uma norma de disciplina que no plano teórico passa a constituir uma regra de obediência a que as ações humanas pretéritas não podiam estar submissas, seja porque o efeito retrooperante da lei traz um atentado à estabilidade dos direitos, e violenta, com a surpresa da modificação legislativa, o planejamento das relações jurídicas instituído como base do comércio civil.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.120.

³⁶⁶ “La inadmisibilidad de la retroactividad (genuína) de las leyes onerosas es un principio del Derecho justo, porque no es otra cosa que la aplicación del principio de la confianza a la relación entre ciudadano y legislador. Es un principio del Estado de Derecho, porque solo el Estado de Derecho conoce una vinculación del legislador a principios jurídicos. Las leyes no se hacen para la eternidad. El ciudadano tiene por ello que contar con que las leyes hoy vigentes se modificarán y con que algún día se regularán materias que hoy todavía no están reguladas. Hay, pues, que abandonar la idea de una total subsistencia de la situación jurídica ahora existente. (...) Cuando esto sucede únicamente con efectos para el futuro hay que estar dispuesto a ello y se puede estarlo en la mayor parte de los casos. Otra cosa ocurre cuando se realizan las modificaciones sin que se pudiera contar con ellas, con efecto respecto de un espacio de tiempo ya cerrado – el año pasado, un período de repercusión cerrado - . En este caso no se pueden reajustar las disposiciones que en aquella época habían adoptado en vista de la situación existente, que no pueden hacerse retroactivas y por ello se le pueden crear grandes dificultades. Aunque no pueda confiar en que la regulación ahora vigente se mantendrá igual en el futuro, tiene que poder confiar en que la regulación vigente en el momento en el cual tomo sus disposiciones no se verá trastornada posteriormente. Al legislador no le está permitido defraudar esta confianza, salvo en casos de excepción en que esté justificado.” LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p.163-164.

traduzir uma contradição do Estado consigo mesmo, pois que as relações e direitos que se fundam sob a garantia e proteção de suas leis não podem ser arbitrariamente destituídos de eficácia.

Sobre o tema da irretroatividade das leis, como registrou Caio Mário da Silva Pereira, as abordagens teóricas podem ser distribuídas em dois grupos: o das *teorias subjetivistas*, que abordam o tema sob uma perspectiva dos direitos subjetivos individuais, e o das *teorias objetivistas*, que apresentam uma análise pautada nas situações jurídicas criadas pela lei³⁶⁷.

Para Paul Roubier, representante da teoria objetivista, a lei nova aplica-se desde logo aos efeitos de um ato praticado sob a vigência da lei anterior, que só venham a se produzir após a edição da lei nova. A base fundamental da teoria está na distinção entre o efeito imediato e o efeito retroativo da lei. Em obra clássica sobre o tema, afirmava que a lei que rege a constituição de uma situação jurídica não pode ter efeitos retroativos sobre as situações jurídicas já constituídas³⁶⁸. Não haveria que se falar em retroatividade, contudo, se a lei nova disciplinar somente os efeitos que estão por vir dessas situações jurídicas, reservados os efeitos jurídicos já produzidos³⁶⁹.

Já Gabba, defensor da teoria subjetivista, sustentava que os efeitos futuros deveriam continuar a ser regidos pela lei que disciplinou sua causa, isto é, a lei velha. A lei nova, nessa perspectiva, não pode violar direitos precedentemente adquiridos, mas onde não se ofendam direitos dessa natureza, a lei deve receber a mais ampla aplicação, quer se trate de fatos ou relações jurídicas totalmente novas, quer da consequência de fatos ou relações anteriores³⁷⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, há inúmeros dispositivos que preservam as situações jurídicas consolidadas sob a égide de atos normativos pretéritos, evitando-se, com isso, a retroatividade dos efeitos advindos de normas recém-criadas. No plano constitucional, o art. 5º, inciso XXXVI, assegura, de forma ampla, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assegura igualmente a Constituição a irretroatividade da lei penal (art. 5º, inciso XII)³⁷¹ e a irretroatividade tributária (art. 150, inciso III, alínea *a*)³⁷². A segurança se opera

³⁶⁷ Nesse sentido PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.125.

³⁶⁸ “La loi qui régit la constitution d’une situation juridique ne peut avoir d’effet, sans rétroactivité, sur les situations juridiques déjà constituées: il importerait peu que ces situations soient encore en cours d’effet, du moment que la loi concerne la création de la situation et que cette phase est dépassée.” ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p.748-751.

³⁶⁹ “La loi qui gouverne les effets d’une situation juridique n’est pas rétroactivement appliqué, si elle détermine seulement les effets à venire de cette situation, réservant les effets juridiques déjà produits.” ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 748-751.

³⁷⁰ “Che se, como abbiamo dimostrato, la retroattività delle leggi non è ingiusta, se no allorquando viola diritti acquisiti (...)” GABBA, C.F.. *Teoria della retroattività delle leggi*. Pisa: Nistri, 1868.

³⁷¹ Art.5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

ainda através dos meios de tornar evidentes os comandos legais, tais como a legalidade e a tipicidade (art. 5º, inciso II)³⁷³.

No plano infraconstitucional, destaca-se o art. 6º da agora denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/42). Veicula tal dispositivo preceito que, a despeito de estabelecer o efeito imediato e geral a partir da vigência da lei, igualmente veda a tangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada³⁷⁴.

Esses dispositivos normativos evidenciam que o legislador acolheu a doutrina clássica do direito adquirido, prevalecendo a teoria subjetivista no direito brasileiro. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no mesmo sentido, não admitindo a retroatividade de leis sob pena de violação aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito³⁷⁵.

³⁷² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

³⁷³ Esclarece Luís Roberto Barroso que: (...) o princípio da segurança jurídica apresenta um sentido nuclear e elementar, ligado à garantia de que novas obrigações somente podem ser exigidas dos cidadãos após sua prévia e válida introdução na ordem jurídica. Esta é, como se sabe, a proteção básica conferida pelas idéias complementares de legalidade e irretroatividade, que nada mais são do que corolários do princípio da segurança jurídica.” BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria Tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.2, p. 261-288, p. 274.

³⁷⁴ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

³⁷⁵ Veja-se a propósito a ementa da ADI n.º 1931/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 21/08/2003: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.”

Extrai-se do quadro acima delineado que o Estado tem a faculdade de alterar ou revogar as suas normas com efeitos para o futuro, não se podendo dizer o mesmo quando as novas normas tenham como propósito alcançar situações jurídicas pretéritas³⁷⁶.

Como já se disse, a manutenção de textos normativos durante longo período de tempo gera, de forma simultânea e ambivalente, a exigência de sua adequação aos reclamos atuais da sociedade e a expectativa de que as suas prescrições dificilmente serão modificadas. A estabilidade do Direito e a confiança nele depositada pelos cidadãos será, em regra, proporcional ao decurso do tempo. Quão maior for o período de existência de um ato normativo, maior será a percepção de estabilidade por ele gerada e, por conseguinte, menor será a expectativa de sua modificação.

Merecem tratamento específico, no entanto, as relações que se estabelecem entre a Constituição nova e as situações jurídicas que se formaram de acordo com o ordenamento constitucional que está sendo substituído. O entendimento majoritário no âmbito da doutrina é no sentido de que não se asseguram direitos adquiridos contrapostos a um novo ordenamento constitucional. A Constituição nova, sob tal perspectiva, pode alcançar situações jurídicas pretéritas desde que assim o faça de forma expressa³⁷⁷.

Conclui-se, assim, que a irretroatividade de efeitos decorre, como regra geral, da sistemática de edição dos atos normativos. Embora consistam fenômenos distintos³⁷⁸, a invalidação pode se alimentar da lógica prospectiva presente na disciplina da revogação das normas jurídicas, notadamente naqueles casos em que o resultado da invalidação atingir a norma em abstrato. É o que ocorre, conforme se evidenciou, na fiscalização abstrata de constitucionalidade, onde os efeitos advindos desse tipo de controle atingem o ato normativo abstratamente considerado, o que o aproxima do regime jurídico conferido à própria produção normativa.

³⁷⁶ “Para uma norma ser revogada, no entanto, não é sempre necessário que sobrevenha uma outra lei que, implícita ou explicitamente, revogue a norma já existente, pois o preceito revogatório pode também existir na própria lei. Isso acontece quando: a) a lei limita declaradamente o tempo de sua vigência; b) a temporariedade resulta de sua natureza, como as leis orçamentárias; c) se destina a um fim determinado como, por exemplo, a lei que manda realizar uma determinada obra; e, d) a que rege uma situação passageira, como no caso das calamidades públicas.” Nesse sentido FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.147.

³⁷⁷ Nesse sentido BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.87.

³⁷⁸ A revogação ocorrerá quando uma norma *deixa de existir por uma decorrência normal, consequência de um desenvolvimento social, que faz com que a matéria mereça novo tratamento, ocasionando uma mudança no ordenamento jurídico. Isto ocorre naturalmente, sem consideração sobre sua validade, partindo do pressuposto de sua concordância com as normas superiores do ordenamento. Já a nulidade pressupõe que a norma, violando dispositivos legais superiores, padece de invalidade, o que acarreta sua anulabilidade, consistindo, nesse sentido, em uma tutela do ordenamento jurídico*. Nesse sentido FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.147.

3.9 Síntese das ideias desenvolvidas no capítulo

Buscou-se demonstrar nesse capítulo que a questão sobre a modulação dos efeitos temporais deve ser reconduzida à ponderação entre os princípios jurídicos violados pela norma que se pretende declarar inválida e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência dessa mesma norma. Trata-se de uma ponderação de segunda ordem, uma vez que tem lugar apenas na etapa final do processo de tomada de decisão.

Nesse esteio, a modulação não se circunscreve apenas às hipóteses que envolvem a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, ou que traduzam razões de excepcional interesse social, tal como disciplinado na Lei n.º 9.868/99, aplicando-se igualmente a qualquer outra situação em que a eliminação de uma norma poderia produzir situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista normativo, impondo-se em todo caso um necessário sopesamento entre os princípios colidentes.

A modulação terá um vasto campo de atuação em prol da segurança jurídica, buscando assegurar as legítimas expectativas dos cidadãos que foram geradas com a edição de atos normativos posteriormente declarados inválidos. No entanto, como qualquer princípio constitucional, a segurança jurídica não é um valor absoluto, devendo ser sopesado com os demais princípios à luz das circunstâncias próprias de cada caso. O conceito de relevante interesse social/público, por sua vez, não deve ser utilizado como requisito autônomo para a modulação temporal de efeitos, havendo a necessidade de identificação dos princípios concorrentes que, por sua vez, deverão ser sopesados à luz das circunstâncias peculiares do caso concreto.

Ao lado dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, a dimensão do tempo e o grau de irreversibilidade das circunstâncias fáticas se apresentam como critérios complementares para o processo de tomada de decisão.

Na esfera judicial, a limitação de efeitos retroativos da decisão judicial terá lugar nos controle incidental e por via principal. Será igualmente aplicável nas situações que envolvam a interpretação ordinária do direito. Embora a retroatividade figure como regra geral no controle de constitucionalidade brasileiro, deve ser conferida uma maior flexibilidade à aplicação dessa regra em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que os efeitos advindos desse tipo de controle atingem o ato normativo abstratamente considerado.

Procurou-se demonstrar, por fim, que os pressupostos para a modulação encontram-se presentes também nos Poderes Executivo e Legislativo. No âmbito administrativo, inúmeras são as situações que ensejam a modulação temporal de efeitos, recebendo o princípio da

proteção da confiança legítima especial atenção nessa seara. Da mesma forma, a segurança jurídica e a proteção da confiança devem integrar a base da política legislativa onde a irretroatividade de efeitos decorre da própria sistemática de edição dos atos normativos.

4 MODULAÇÃO COMO FERRAMENTA DE DIÁLOGO

4.1 Ativismo judicial

Muito embora seja cada vez mais recorrente a invocação do ativismo judicial no debate jurídico nacional, principalmente em decorrência da crescente proeminência do Supremo Tribunal Federal na resolução de temas centrais na organização da sociedade brasileira³⁷⁹, não se observa um consenso sobre o seu conceito³⁸⁰.

No debate norte-americano, onde o fenômeno não é recente, centenas de artigos doutrinários são escritos a cada ano envolvendo o tema que recebe usualmente uma conotação muito negativa³⁸¹, inclusive por parte da imprensa³⁸². O ativismo judicial mobiliza, sobretudo, o meio político. Democratas ou republicanos, liberais ou conservadores, todos, em alguma medida, direcionam críticas ao ativismo judicial, inserindo-se o tema até mesmo no âmbito de campanhas presidenciais³⁸³. O seu conceito, contudo, mesmo no cenário norte-americano onde o debate se revela mais maduro, é fluido³⁸⁴.

No Brasil, o debate sobre o ativismo judicial ainda não alcançou a mesma intensidade que no cenário norte-americano. Até mesmo porque foi apenas o processo de redemocratização, que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, que criou

³⁷⁹ Destaquem-se, dentre outros, o julgamento de casos envolvendo temas como o da anencefalia, união homoafetiva, pesquisa com células embrionárias, fidelidade partidária, pressupostos de elegibilidade (ficha limpa), sistema de cotas raciais e demarcação de terras indígenas.

³⁸⁰ Conforme anota Marcelo Casseb Continentino, “o conceito é multifacetado, fragmentado com muitos significados e frequentemente ideologizado”. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro n.ºs 19 e 20, p.105.

³⁸¹ Cf. por todos: WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal* 115 (6), 2006. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon, 1999.

³⁸² Em sentido semelhante FRANK B. CROSS e STEFANIE A. LINDQUIST: “Judicial activism is the source of most criticism of the Supreme Court. Hundreds of law review articles every year address the issue. The popular press also commonly critiques the Court’s ‘activism’. Even hundreds of judicial decisions have decried such activism. While there is no intrinsic reason why an activist judiciary is inevitably a bad thing, the phrase typically carries a very negative connotation.” CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. *The Scientific Study of Judicial Activism*. University of Texas Law, Law and Econ Research Paper n. 93. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=939768>>. Acesso em: 1.jun.2012.

³⁸³ Veja-se a respeito POST, Robert e SIEGEL, Reva: “One important avenue for influencing constitutional decisionmaking is the appointment of Supreme Court Justices. There can be public pressure to choose Justices who are likely to express popular commitments. Those opposed to the innovations of the Warren Court, for example, were attracted to President Reagan’s pledge to halt the slide toward ‘the radical egalitarianism and expansive civil libertarianism of the Warren Court’ They threw their support behind Reagan because he pledged to nominate Justices who would adopt a ‘philosophy of judicial restraint.’ It is well documented that the Reagan Justice Department self-consciously and successfully used judicial appointments to alter existing practices of constitutional interpretation. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v.42, 2007, p.381.

³⁸⁴ Eric J. Segall, por exemplo, resgata a sugestão de William Marshall no sentido de que uma definição útil de ativismo judicial deve incluir os seguintes fatores: i) *Counter-Majoritarian Activism* (não deferência dos Tribunais às decisões dos órgãos democraticamente eleitos), ii) *Non-Originalist Activism* (não deferência dos Tribunais à intenção original do texto constitucional), iii) *Precedential Activism* (não deferência dos Tribunais aos precedentes judiciais), iv) *Jurisdictional Activism* (não observância dos limites dos poderes jurisdicionais), v) *Judicial Creativity* (criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional), vi) *Remedial Activism* (uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas aos demais órgãos governamentais) e vii) *Partisan Activism*: (uso do poder judicial com objetivos partidários). SEGALL, Eric J. *Reconceptualizing the Judicial Activism Debate as Judicial Responsibility: a Tale of two Justice Kennedys*. Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper, n.19, 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1478669>>. Acesso em: 1.jun.2012.

as condições necessárias para a ocorrência do fenômeno³⁸⁵. Ao contrário do que se percebe no cenário norte-americano, ainda não sofre o ativismo judicial no Brasil o influxo das inúmeras críticas que lhe são dirigidas no cenário norte-americano. O tema aqui é visto amplamente como algo positivo, aplaudindo-se o preenchimento, pelo Poder Judiciário, do espaço deixado pelos demais poderes na concretização dos preceitos constitucionais³⁸⁶.

Mesmo no cenário político, ainda não se observa no Brasil uma resistência consistente que se oponha ao ativismo judicial. Não é incomum, inclusive, a estratégia de os demais atores políticos transferirem para o Poder Judiciário, destacadamente o Supremo Tribunal Federal, os custos políticos de deliberação sobre temas relevantes e polêmicos³⁸⁷.

A despeito de não haver um conceito unívoco de ativismo judicial, a ideia subjacente ao fenômeno está relacionada a uma nova conformação da separação de poderes e da própria política³⁸⁸, onde o Poder Judiciário passa a também ocupar um papel, não necessariamente ilegítimo, de protagonista na concretização dos preceitos constitucionais³⁸⁹.

³⁸⁵ O ativismo judicial se relaciona intimamente à judicialização da política, beneficiando-se em grande medida das mesmas condições que facilitam este último fenômeno. Neal Tate, em obra que se tornou uma referência no debate sobre judicialização, enumera as seguintes condições comuns que a facilitam: (i) a existência de um *regime democrático*; (ii) a *separação de poderes*; (iii) a existência de *direitos políticos*; (iv) a utilização dos tribunais por *grupos de interesse*; (v) a utilização dos Tribunais pela *oposição*; (vi) a existência de *instituições majoritárias inefetivas*; (vii) a *percepção negativa das instituições majoritárias*; e, (viii) a *delegação* aos tribunais de medidas e decisões afetas às instituições majoritárias. C. Neal Tate. Why the Expansion of Judicial Power. In The Global Expansion of Judicial Power. C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York University Press, New York and London.

³⁸⁶ Esse ativismo, no entanto, não tem se manifestado apenas dentro do espaço deixado pelos demais poderes na concretização dos preceitos constitucionais, havendo uma significativa ampliação do escopo das decisões judiciais, independentemente do comportamento dos demais atores políticos. Conforme aponta Rodrigo Brandão: “(...) a aplicação direta de princípios constitucionais pelo STF tem se traduzido nas seguintes hipóteses de ativismo judicial: (i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação ou alteração de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo.” Brandão, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.143.

³⁸⁷ Essa estratégia, no entanto, não é uma particularidade da realidade brasileira. Dentre as condições comuns que favorecem a judicialização, apontadas por Neal Tate, está a *delegação* aos tribunais de medidas e decisões que, a princípio, deveriam ser tomadas no âmbito das instituições majoritárias: “Delegating policies to the judiciary usually occurs in the context of a politics of rights – the policies being delegated are otherwise too clearly within the normal discretion of majoritarian institutions to allow them to become the subject of judicial decision-making. In addition, the delegations may also represent the ineffectiveness of majoritarian institutions.” Além disso, como igualmente aponta Neal Tate, a oposição usualmente leva questões políticas aos Tribunais com o objetivo de incomodar ou mesmo obstruir os governos: “But it seems likely that the experience of many other nations will document that political oppositions frequently judicialize politics by attempting to use the courts to harass and obstruct governments, regardless of whether those courts have the especially useful tool of abstract review.” TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. Sobre o tema afirma Habermas que: “a transferência incontrolada de competências legislativas para tribunais e administrações é fomentada pelo oportunismo de um legislador que não esgota suas competências e renuncia a regular matérias que requerem tratamento legal.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.183.

³⁸⁸ “For better or worse, the expansion of judicial power does appear to be a phenomenon that is real and that is shaping and will shape global politics and policy for the foreseeable future.” TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p.515.

³⁸⁹ Em sentido similar BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 1.jun.2012.

Partindo dessa premissa, a análise do papel institucional que se atribua ao Poder Judiciário pelos distintos sistemas será determinante para a adequada compreensão do ativismo judicial³⁹⁰. No Brasil, a Constituição de 1988 promoveu o redesenho do sistema jurídico de controle de constitucionalidade, ampliando o poder de controle do Poder Judiciário – e do STF em particular –, assim como os canais pelos quais diferentes atores políticos e sociais podem provocar a atuação dos Tribunais.

Além disso, a constitucionalização abrangente, com a adoção de um texto constitucional amplo, que disciplina inúmeras áreas da vida social, ampliando o rol de direitos e o acesso ao Poder Judiciário, permite que diversas questões antes consideradas políticas sejam tratadas como judicializáveis³⁹¹.

A recente atuação do Supremo Tribunal Federal, em especial, tem elevado o papel institucional tradicionalmente atribuído ao Poder Judiciário na realidade brasileira. Suas decisões vêm conformando temas centrais da realidade política e social - algumas vezes de forma inovadora e primária³⁹² - em detrimento dos espaços ocupados tradicionalmente pelos demais poderes³⁹³.

Concomitantemente à progressiva ascensão institucional do Poder Judiciário, houve no cenário político brasileiro uma retração do campo de atuação do Poder Legislativo. Isso se deve em grande medida à ineficácia das instituições majoritárias no desenvolvimento de políticas eficazes que permitam a concretização dos comandos constitucionais. O aumento de matérias submetidas ao Poder Judiciário coincide, por um lado, com o crescente distanciamento entre os interesses manifestados pelos representantes eleitos e os interesses da

³⁹⁰ Em idêntico sentido Elival da Silva Ramos: “(...) se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.104.

³⁹¹ Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ativismo judicial e a judicialização da política são coisas distintas, porém, intensa e circularmente conectadas: “A judicialização da política ganha espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual se abastece e se renova. Enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar uma solução para estas questões dentro da arena judicial, o ativismo é uma escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar esta demanda e reconhecer sua própria legitimidade e capacidade para ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro n.ºs 19 e 20, p.135-182.

³⁹² É cada vez mais recorrente no Supremo Tribunal Federal o uso de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal ou comum do dispositivo normativo interpretado. Essa é a hipótese, por exemplo, da interpretação conforme.

³⁹³ Oportuna aqui a observação de Ran Hirschl, invocando magistério de Alexis de Tocqueville em relação aos Estados Unidos, mas igualmente aplicável ao Brasil, no sentido de que dificilmente há uma controvérsia moral e política que também não se torne uma controvérsia judicial: “National high courts and supranational tribunals have become increasingly important, even crucial, political decision-making bodies. To paraphrase Alexis de Tocqueville’s observation regarding the United States, there is now hardly any moral or political controversy in the world of new constitutionalism that does not sooner or later become a judicial one. This global trend toward juristocracy is arguably one of the most significant developments in late-twentieth-and early-twenty-first-century government.” HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

coletividade, e, por outro, com a incapacidade de o processo legislativo formal disciplinar satisfatoriamente matérias de elevada complexidade ³⁹⁴.

O sentimento comum do cidadão brasileiro é o de não se ver legitimamente representado pelos agentes políticos eleitos, fenômeno esse resultante, dentre outros fatores, da precariedade de nosso processo eleitoral e da ausência de uma cultura de participação e engajamento político-social ³⁹⁵.

Por outro lado, dado o caráter efêmero das coalizões políticas que sustentam as maiorias legislativas, notadamente no Brasil onde não há uma sólida cultura partidária e as coalizões são motivadas recorrentemente por interesses fisiológicos e privados, o governo usualmente não tem interesse ou não encontra apoio consistente para levar a cabo políticas públicas substanciais, optando por medidas mais superficiais ³⁹⁶.

Ao lado da convergência para o Poder Judiciário de expectativas sociais frustradas diante de instituições majoritárias que não atendem de forma satisfatória os anseios da coletividade, não é incomum, como já afirmado, a estratégia de se transferir para o Poder Judiciário os custos de deliberação sobre temas moralmente relevantes e polêmicos, bem como a tentativa de minorias partidárias de reverter algumas decisões desfavoráveis tomadas no âmbito do Poder Legislativo. Isso reforça uma postura acrítica em relação à expansão de atuação do Poder Judiciário, uma vez que os próprios Poderes Legislativo e Executivo deixam intencionalmente um espaço a ser preenchido pelo Poder Judiciário em determinadas situações.

Nesse contexto, os tribunais passaram a desempenhar um papel central na concretização dos preceitos constitucionais, onde a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas ³⁹⁷ que objetivam assegurar a efetividade da Constituição. Observa-se,

³⁹⁴ Nesse sentido Neal Tate: “When the public and the leaders of interest groups and major economic and social institutions view the majoritarian institutions as immobilized, self-serving, or even corrupt, it is hardly surprising that they would accord the policy-making of judiciaries, who have reputations for expertise and rectitude, as much or more legitimacy as that of executives and legislatures.” TATE, C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

³⁹⁵ Conforme bem sintetizado por Luís Roberto Barroso: “(...) vive-se no Brasil um momento delicado, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil. Como consequência, perdeu a identidade com ela, deixando de representá-la e, no limite, até de lhe servir.” BARROSO, Luís Roberto. *A Reforma Política: Uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. Disponível em: < institutoideias.org.br >. Acesso em: 1.jun.2012.

³⁹⁶ Em sentido similar Neal Tate: “When executives are unable to govern through disciplined parties with effective legislative majorities, they will find it difficult to develop effective policies with the political and public support that can sustain them through opposition challenges directed to the judiciary.” TATE, C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

³⁹⁷ Luís Roberto Barroso enumera dentre tais condutas as seguintes: “(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e, (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em

cada vez mais, a rediscussão judicial de valorações feitas pelos demais poderes na definição de temas centrais para a sociedade.

No que diz respeito ao tema da dissertação, a perspectiva prospectiva relaciona-se com o ativismo judicial na medida em que possibilita a ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário e da efetividade da Constituição. A perspectiva prospectiva, ao permitir que sejam ajustados os efeitos advindos do reconhecimento de inconstitucionalidade, assegura a pronta atuação do Judiciário e a aplicação das normas jurídicas, evitando-se, assim, uma postura de autocontenção³⁹⁸.

A autocontenção decorreria da constatação por parte do julgador de que a eliminação de uma lei inconstitucional poderá produzir situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional. Ao reconhecer esse tipo de dificuldade e, na ausência de um instrumento que o permita modular os efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade, o julgador seria compelido a proferir decisão contrariamente ao pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade, preservando-se, assim, uma situação de maior relevo sob a ótica constitucional.

Essa construção não esgota, contudo, todas as potencialidades do caso, uma vez que a postura de autocontenção implicaria em subtrair qualquer grau de efetividade a um preceito constitucional expresso.

A perspectiva prospectiva, ao contrário, busca assegurar algum grau de efetividade à Constituição e assim o faz adotando uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada, resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos. Esse inquestionável ativismo, no entanto, é temperado por um espaço próprio que se reconhece aos Poderes Legislativo e Executivo no equacionamento final do problema, como a seguir restará demonstrado.

matéria de políticas públicas.” BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 1.jun.2012.

³⁹⁸ Nesse sentido é o magistério de Eduardo García de Enterría: “Aquí se ve como la doctrina prospectiva trata de eliminar el freno, la self restraint, que sin ella hubiese actuado necesariamente. Es, pues, una doctrina liberadora de esse freno, freno que hubiera impedido la depuración constitucional del ordenamiento en un punto esencial. Es, en consecuencia, una doctrina que amplia notablemente el campo de acción de la jurisdicción constitucional sobre las leyes, que permite un ajuste sucesivo y cada vez más afinado de las normas que componen el ordenamiento por los valores constitucionales. Es, pues, derivativamente, una ampliación de la eficacia práctica de la Constitución, ampliación considerable y oportuna, que el Tribunal Constitucional há acertado a encontrar en los mismos días en que se conmemora la primera década de nuestra norma suprema.” ENTERRÍA, Eduardo García. *Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. *Revista de Derecho Público*, n. 92, 1989, p.15.

4.2 A abordagem institucional

Intimamente relacionada ao ativismo judicial é a abordagem institucional na interpretação do Direito. Essa abordagem parte da perspectiva de que o conceitualismo é insuficiente para explicar o fenômeno jurídico. A teoria normativa, sob tal ótica, deve voltar-se para questões empíricas e constatações factuais³⁹⁹.

Para a abordagem institucional, os métodos tradicionais de interpretação não revelam o fenômeno jurídico em sua integralidade, notadamente em um contexto de vasta elasticidade no processo de aplicação das normas⁴⁰⁰. O aporte institucional se mostra indispensável em um cenário onde as teorias de hermenêutica preconizam que a interpretação jurídica seja impulsionada por conceitos abstratos. Além disso, as limitações existentes no procedimento judicial igualmente revelam a necessidade de que as teorias normativas sejam conjugadas com a análise institucional⁴⁰¹.

Conforme atestam Adrian Vermeule e Cass Sunstein, a questão central para a abordagem institucional *não é a indagação de como, em princípio, um texto jurídico deve ser interpretado. A questão, ao invés, consiste no questionamento de como certas instituições devem, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar textos jurídicos*⁴⁰².

A eleição de um determinado método interpretativo irá variar primordialmente de acordo com a análise de dois grupos de dados fáticos: o primeiro relacionado às capacidades institucionais, e, o segundo, concernente aos efeitos sistêmicos⁴⁰³.

No primeiro grupo, a análise recairá sobre a capacidade efetiva das instituições existentes e dos agentes públicos que as integram, reconhecendo-se as suas virtudes e

³⁹⁹ Nesse sentido Adrian Vermeule: “There is no decision-procedure for implementing any high-level interpretive commitment that is best a priori, or that can be deduced from conceptual commitments. The best decision-procedure will vary with the facts about institutional capacities and systemic effects. The upshot is that conceptualism can never provide a full account of the operating-level interpretive procedures that judges should use. The normative theory of legal interpretation turns upon empirical questions and factual findings.” VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

⁴⁰⁰ “This is the institutionalist dilemma: judges cannot escape the enterprise of choosing interpretive decision-procedures under conditions of uncertainty and bounded rationality.” VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

⁴⁰¹ “The essential defect in these accounts is that they are entirely insensitive to the identity and capacities of the interpreter; they treat the interpreter, explicitly or implicitly, as a theorist much like the constitutional theorist himself, rather than a judicial bureaucrat deciding cases under constraints of time, information and expertise.” SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, v.101, n.4, 2003..

⁴⁰² “The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’” SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, v.101, n.4, 2003.

⁴⁰³ “(...) we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. (...) The second issue involves the dynamic effects of any particular approach – its consequences for private and public actors of various sorts.” SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, v.101, n.4, 2003.

limitações⁴⁰⁴. No segundo, o exame se pautará nos efeitos sistêmicos produzidos por determinada linha interpretativa, ou seja, as suas consequências para atores públicos e privados. Trata-se indiscutivelmente de uma abordagem consequencialista⁴⁰⁵ onde o juiz, ao invés de tentar avaliar as consequências incidentes sobre um caso particular, deve buscar a interpretação que permita a produção de consequências que satisfaçam o sistema sob o ponto de vista global⁴⁰⁶.

A abordagem institucional não tem, com isso, a pretensão de desprezar a teoria normativa na interpretação e aplicação do Direito. Reconhece apenas que a dogmática jurídica é incompleta sem a consideração de questões institucionais⁴⁰⁷. As teorias jurídicas, de um modo geral, sobrevalorizam a figura do juiz em detrimento do campo de atuação dos demais poderes, subestimando as contribuições que podem ser oferecidas fora da arena judicial. Além disso, ignoram-se os custos sistêmicos da discricionariedade judicial para as outras instituições⁴⁰⁸.

No caso brasileiro, a abordagem institucional se revela imprescindível para a compreensão do fenômeno do ativismo judicial. Não só os pressupostos normativos e interpretativos justificam a proeminência do Poder Judiciário no cenário nacional, mas igualmente os pressupostos institucionais.

O protagonismo do Supremo Tribunal Federal, em particular, é recente e decorre, em grande medida, de uma postura institucional mais constante e intensa nas principais questões de política pública no país nos últimos anos, circunstância essa, no entanto, não observada no

⁴⁰⁴ Conforme anota Daniel Sarmento: “Os intérpretes da Constituição não são semi-deuses do Olimpo, mas agentes humanos concretos, com virtudes e deficiências. Além disso, estes intérpretes atuam, em geral, no interior de instituições, como os Poderes Judiciário e Legislativo, que também têm qualidades e fragilidades próprias. Não bastasse, eles operam seguindo determinados procedimentos – como o processo judicial no caso dos juízes – que podem lhes impor limitações importantes.” SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.317.

⁴⁰⁵ “My premises are thus firmly consequentialist. Judges should interpret legal texts in accordance with rules whose observance produces the best consequences overall.” VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

⁴⁰⁶ “(...) rather than attempting to assess consequences in each particular case, judges should adopt the interpretative rules that, if followed, produce the best possible consequences for interpretive system overall.” VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

⁴⁰⁷ “(...) that judgments about institutional issues cannot be helpful without some kind of background normative account of interpretation. A second-best approach, one that asks about interpretive mistakes and dynamic effects, necessarily presupposes some first-best account. This is an important observation, and in a sense it is unexceptionable. But it fails to engage our central point, which is not that a first-best account is worthless or irrelevant, but that it is incomplete without a second-best account that takes account of institutional issues. Institutional analysis is necessary to the choice of interpretive rules, even if it is insufficient.” SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v.101, n.4, 2003.

⁴⁰⁸ Nesse sentido Adrian Vermeule: “The judge-centered view produces a chronic, systematic tendency to overestimate judicial capacities, to underestimate the capacities of legislatures and agencies, and to ignore the systemic costs of judicial discretion for other institutions.” VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

período imediatamente posterior à Constituição de 1988, quando presentes os mesmos pressupostos normativos.

Muito embora a Constituição de 1988 tenha estabelecido o instrumental necessário para uma atuação mais ativa do STF na vida política do País, não se observou no início da década de 90 uma atuação tão intensa como a observada atualmente. Mais do que o quadro normativo instaurado pela Constituição de 1988 – que criou as condições necessárias para a judicialização de inúmeras questões – houve uma mudança de comportamento por parte dos integrantes do STF no sentido de alargar a competência do Tribunal e o alcance de suas decisões.

A abordagem institucional igualmente auxiliará a compreensão do diálogo que deve ser buscado entre os poderes estabelecidos. Conforme se evidenciará no tópico seguinte, deve-se rejeitar a tentativa de boa parte da doutrina de extrair aprioristicamente uma suposta vantagem de um poder em detrimento dos demais sem que se promova a análise do caso concreto e de seus pressupostos institucionais.

A abordagem prospectiva, nesse esteio, beneficia-se do aporte doutrinário institucional na medida em que seus pressupostos vinculam-se diretamente à análise das capacidades institucionais dos poderes e dos efeitos sistêmicos provocados pelo processo de tomada de decisão. Não cabe ao aplicador do Direito fazer apenas a análise unidirecional da norma que se aponta como violada. As circunstâncias fático-jurídicas serão determinantes para a eleição da solução a ser dada.

Mais precisamente, a revelação de elevado grau de irreversibilidade das situações fáticas, associada à legítima confiança que os cidadãos nutriram pela conduta do Estado, podem indicar que, naquele dado momento, o Poder Judiciário não deva ter uma ingerência plena sobre a questão posta em juízo. Deve o Judiciário ao contrário, a partir da análise das consequências sistêmicas que podem advir de suas decisões, limitar os seus efeitos temporais a fim de que interesses constitucionais de maior envergadura prevaleçam. Adicionalmente, pode ainda o Judiciário, reconhecendo as suas limitações institucionais, abrir um espaço próprio para que os demais poderes integrem a solução a ser conferida ao caso concreto.

É o que também se buscará demonstrar.

4.3 O diálogo institucional

A abordagem realizada nesse trabalho não ignora os riscos inerentes ao substancial incremento de discricionariedade dos juízes. Nos últimos anos, intensas foram as críticas

direcionadas à *judicial review* no debate norte-americano, notadamente no que se refere à falta de legitimidade democrática dos integrantes do Poder Judiciário.

Notabilizou-se o debate protagonizado entre aqueles que atribuem aos juízes a decisão final sobre questões moralmente controversas e os que rechaçam tal possibilidade, atribuindo ao procedimento deliberativo majoritário a definição dessas questões.

A contraposição entre as ideias desenvolvidas por dois autores contemporâneos bem sintetiza esse embate. São eles Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Dworkin concebe duas dimensões da democracia constitucional: uma relacionada à deliberação de políticas públicas (*policies*) e outra relacionada à defesa de direitos fundamentais. A primeira seria atribuível aos parlamentos eleitos e a segunda, denominada por ele de fórum dos princípios, constitui o papel central da Corte Constitucional.

Partindo do pressuposto de que há uma grande controvérsia sobre o que a democracia realmente consiste⁴⁰⁹, Dworkin adota uma concepção constitucional de democracia que rejeita a irrestrita invocação da premissa majoritária. As decisões coletivas, segundo tal concepção, devem ser tomadas por instituições políticas que assegurem a todos os indivíduos um tratamento com igual respeito e consideração. Tal concepção, embora reconheça um espaço próprio para o processo de deliberação majoritária, refuta a possibilidade de sua utilização em todas as situações, notadamente as concernentes aos direitos fundamentais em que se impõe assegurar o igual status dos cidadãos⁴¹⁰.

O controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário se justificaria, em tal contexto, para assegurar os direitos fundamentais contra as maiorias circunstanciais formadas no espaço político-deliberativo.

Waldron refuta essa justificativa em razão dela desprezar o desacordo moral existente em sociedades pluralistas, ignorando o fato de que os indivíduos têm distintas concepções

⁴⁰⁹ “(...) it is a matter of deep controversy what democracy really is. People disagree about which techniques of representation, which allocation of power among local, state, and national governments, which schedule and pattern of elections, and which other institutional arrangements provide the best available version of democracy.” DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitutional*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p.15.

⁴¹⁰ “If we reject the majoritarian premise, we need a different, better account of the value and point of democracy. Later I will defend and account – which I call the constitutional conception of democracy – that does reject the majoritarian premise. It denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational. It takes the defining aim of democracy to be a different one: the collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect. This alternate account of the aim of democracy, it is true, demands much the same structure of government as the majoritarian premise does. It requires that the day-to-day political decisions be made by officials who have been chosen in popular elections. But the constitutional conception requires these majoritarian procedures out of a concern for the equal status of citizens, and not out of any commitment to the goals of majoritarian rule.” DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitutional*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p.17.

acerca dos direitos⁴¹¹. Propõe, em contraposição, a maximização do direito de participação, uma vez que as questões moralmente controversas não devem encontrar no Poder Judiciário seu foro adequado de resolução. Não se pode, sob tal ótica, prestigiar uma elite judiciária em detrimento do direito de todos os indivíduos se realizarem de forma igualitária no espaço de deliberação majoritária⁴¹².

Aponta-se também, sob diversos aspectos, principalmente o operacional, a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário. Em muitas situações, não dispõem os juízes de elementos ou condições de avaliar todas as circunstâncias subjacentes às questões constitucionais⁴¹³.

Nesse contexto, alguns autores passaram a desenvolver concepções teóricas que buscam um caminho intermediário de diálogo institucional, pretendendo conciliar os espaços próprios dos poderes constituídos. Essas concepções partem da premissa de que o Judiciário não deve deter necessariamente a palavra final na definição do sentido das normas jurídicas, visualizando na *judicial review* não um veto aos demais poderes, mas sim um início de diálogo⁴¹⁴.

Sob a ótica do diálogo institucional, a interpretação das normas, notadamente as constitucionais, não seria atribuição exclusiva do Poder Judiciário. A decisão judicial é vista como uma oportunidade para que os demais poderes – notadamente o Legislativo – avaliem

⁴¹¹ “So I assume that there is substantial dissensus as to what rights there are and what they amount to. Some of these disagreements are apparent at a philosophical level (e.g. whether socioeconomic rights should be included in Bill of rights), some become apparent when we try to relate abstract principles of right to particular legislative proposals (e.g., whether the free exercise of religion demands exemptions from otherwise generally applicable laws), and some become apparent only in the context of hard individual cases (e.g., how much tolerance for dissident speech there should be in a time of national emergency).” WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal 115 (6), 2006, p.1366-1367.

⁴¹² “Disagreement about rights is not unreasonable, and people can disagree about rights while still taking rights seriously. In these circumstances, they need to adopt procedures for resolving their disagreements that respect the voices and opinions of the persons – in their millions – whose rights are at stake in these disagreements and treat them as equals in the process.” WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal 115 (6), 2006, p.1406.

⁴¹³ Relevante nesse ponto a crítica operacional suscitada por Ana Paula de Barcellos no que se refere ao controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: “(...) nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n.3, 2006.

⁴¹⁴ “But, the decisions of the Court almost always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response. In the end, if the democratic will is there, the legislative objective will still be able to be accomplished, albeit with some new safeguards to protect individual rights and liberty. Judicial review is not “a veto over the politics of the nation,” but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole.” HOGG, Peter W.; Bushell, Allison A. *The Charter between courts and legislatures (or perhaps the charter isn’t such a bad thing after all)*. Osgoode Hall Law Journal. v.35, n.1, p.75-124, 1997.

os pressupostos fático-normativos subjacentes ao caso e, assim, possam eventualmente deliberar sobre formas de aprimoramento da respectiva disciplina normativa⁴¹⁵.

Dentre as abordagens teóricas sobre o tema, Mark Tushnet apresenta uma classificação que subsume os diversos sistemas de revisão judicial em dois modelos distintos, o de forma fraca (*weak-form*) e o de forma forte (*strong-form*). Muito embora existam inúmeras variações dentre os sistemas que são por ele reconduzidos à forma forte de revisão judicial, há uma característica essencial a todos: o poder dos tribunais declararem a inconstitucionalidade de leis aprovadas pela legislatura de um país⁴¹⁶.

Já no modelo fraco, os tribunais avaliam a compatibilidade da legislação com as normas constitucionais, mas não têm a palavra final sobre a aferição dessa compatibilidade. Dentre os sistemas que se enquadram nesse modelo estão aqueles em que os tribunais são direcionados a interpretar a legislação de forma a torná-la compatível com as normas constitucionais, assim como as versões onde, embora os tribunais tenham o poder de declarar as leis incompatíveis com as normas constitucionais, não têm o poder de impor as decisões coercitivamente contra a parte vencida. Em outros ainda, os tribunais podem impor as suas decisões de forma coercitiva, mas a legislatura pode responder pelo restabelecimento da legislação original por outros meios que não se traduzam necessariamente no processo de emenda à Constituição⁴¹⁷.

A ideia comum às inúmeras abordagens teóricas em prol do diálogo institucional reside na constatação de que as pessoas podem divergir sobre o que realmente significam os preceitos jurídicos – destacadamente os constitucionais –, revelando-se insuficiente a simples invocação do constitucionalismo, ou mesmo da supremacia da Constituição, para se justificar

⁴¹⁵ Conforme anota Gustavo da Gama Vital de Oliveira: “(...) da mesma forma que a *judicial review* costuma ser encarada como espaço de reflexão qualificada das decisões políticas majoritárias, *os debates legislativos em torno das posições jurisprudenciais (que podem acarretar correções legislativas) simetricamente podem funcionar como instância de reflexão democrática sobre a correção das decisões adotadas pela jurisdição constitucional.*” OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Notas sobre a Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.181, p.47.

⁴¹⁶ “I call the new model of judicial review, in contrast with the strong form of judicial review in the United States. Strong-form review itself has numerous variants. At its heart is the power of courts to declare statutes enacted by a nation’s highest legislature unconstitutional, and to make that declaration practically effective by using the standard weapons at a court’s hands (...).” TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

⁴¹⁷ “The reason is that the ‘new Commonwealth model’ of judicial review offers an important alternative to the form of judicial review familiar in the United States. In that new model, courts assess legislation against constitutional norms, but do not have the final word on whether statutes comply with those norms. In some versions the courts are directed to interpret legislation to make it consistent with constitutional norms if doing so is fairly possible according to (previously) accepted standards of statutory interpretation. In others versions the courts gain the additional power to declare statutes inconsistent with constitutional norms, but not to enforce such judgments coercively against a losing party. In still others, the courts can enforce the judgment coercively, but the legislature may respond by reinstating the original legislation by some means other than a cumbersome amendment process.” TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

que as questões sejam dirimidas em definitivo e de forma inquestionável pelo Poder Judiciário⁴¹⁸.

Reconhecem os partidários do diálogo institucional que o modelo da *judicial review* se afirmou como um dos melhores meios de se assegurar o cumprimento da Constituição. No entanto, reconhecem também que a *judicial review* pode representar uma ameaça à democracia ao se atribuir com exclusividade ao Judiciário a escolha de uma dentre várias interpretações possíveis e razoáveis do texto constitucional⁴¹⁹. Propugnam, assim, um modelo intermediário que seja capaz de reconhecer a possibilidade de o Judiciário rever os atos normativos contrários a Constituição e, simultaneamente, permita que a matéria seja reavaliada pelo Legislativo⁴²⁰. Um modelo que permita, em síntese, uma maior harmonia entre as atividades desempenhadas pelos poderes, de forma a se buscar simultaneamente a garantia da supremacia da Constituição e a maior efetividade do princípio democrático⁴²¹.

As decisões judiciais, nesse modelo, seriam dotadas dos mesmos atributos já reconhecidos pelos modelos tradicionais, mas, no que se refere à vinculação, não estariam os demais poderes adstritos estritamente às razões apresentadas na arena judicial. Pode haver, em um modelo fraco de controle, a edição de novos atos normativos respaldados em razões que se mostrem, inclusive, contrárias àquelas expostas judicialmente⁴²². Ao Judiciário, em um

⁴¹⁸ “When – as if often the case – reasonable people can disagree about what the constitution actually means in connection with challenges to particular statutes, the restriction on self-government is difficult to defend simply by invoking the basic idea of constitutionalism.” TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. Muitas vezes o próprio julgador abandona o equacionamento jurídico originariamente dado a uma determinada matéria. Indagado sobre o pior dia que teria enfrentado no tribunal, o Presidente do STF, Ministro Carlos Ayres Britto, afirmou que “experimentou tristeza quando proferiu votos, e, dois, três dias depois, encontrou um equacionamento diferente do que havia encontrado na ocasião de votar”. Carlos Ayres Britto. Ideal é julgar antes de 6 de julho. *Jornal o Globo*, Rio de Janeiro, 15 abr.2012. p.3. Entrevista.

⁴¹⁹ “By the mid-1960s or so, most designers of modern constitutional systems concluded that some form of judicial review is the best means of ensuring that policies inconsistent with the constitution will not be implemented. Yet, giving judges the power of enforce constitutional limitations can threaten democratic self-governance. The reason is that constitutional provisions are often written in rather general terms. The courts give those terms meaning in the course of deciding whether individual statutes are consistent or inconsistent with particular constitutional provisions. But as a rule, particular provisions can reasonably be given alternative interpretations. And sometimes a statute will be inconsistent with the provision when the provision is interpreted in one way, yet would be consistent with an alternative interpretation of the same provisions.” TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

⁴²⁰ “Proponents of the new model of weak-form judicial review describe it as an attractive way to reconcile democratic self-governance with constitutionalism. As Jeffrey Goldsworthy puts it, the new model offers the possibility of a compromise that combines the best features of both the traditional models, by conferring on courts constitutional responsibility to review the consistency of legislation with protected rights, while preserving the authority of legislatures to have the last word.” TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

⁴²¹ De acordo com Mark Tushnet: “Os sistemas de forma fraca de controle judicial se comprometem a reduzir a referida tensão entre o controle judicial e o autogoverno democrático, ao mesmo tempo em que reconhecem a imposição de limites àquele autogoverno pelo constitucionalismo.” TUSHNET, Mark. Formas alternativas de controle judicial. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.43.

⁴²² Conforme afirma Mark Tushnet: “(...) o Legislativo deverá, em sistemas bem-sucedidos de forma fraca de controle, às vezes, mas não raramente, responder às interpretações judiciais expondo, uma vez contrárias, suas próprias razões e compreensões sobre a Constituição, sem fazê-lo, no entanto, de forma contínua ou rotineira.” TUSHNET, Mark. Formas

contexto de diálogo institucional, deve ser reconhecido um papel determinante na concretização das normas jurídicas, mas não definitivo. O juiz é apenas um dentre os diversos intérpretes da Constituição⁴²³.

No Brasil, já se observa a reverberação das abordagens teóricas sobre o diálogo institucional, muito embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja vacilante no que se refere à sua viabilidade. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.797, que cuidava do caso do foro por prerrogativa de função, caminhou o STF em sentido contrário à possibilidade de superação legislativa, não reconhecendo a faculdade de o legislador rediscutir uma decisão tomada no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, no caso, de superá-la. Considerou o STF que a lei superadora de decisão sua em matéria constitucional necessariamente desrespeitaria a supremacia da Constituição e o Estado de Direito⁴²⁴.

No entanto, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.772, o STF parece ter percorrido caminho distinto, permitindo que uma lei ordinária alterasse a sua jurisprudência⁴²⁵. No caso, proclamou-se a constitucionalidade de lei ordinária que incluiu para efeitos de aposentadoria, dentre as funções de magistério, as de exercício da docência, de direção de unidade escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico. Reconheceu o STF, em contrariedade à sua orientação anterior, consolidada inclusive no enunciado n.º 726 da súmula de sua jurisprudência predominante⁴²⁶, que a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aula, a correção de provas, o atendimento a pais e alunos, a coordenação de assessoramento pedagógico e, ainda, a direção escolar.

Sob o ponto de vista normativo, a Constituição de 1988, assim como a Constituição norte-americana⁴²⁷, deixa margem para controvérsia, uma vez que não existe nela qualquer

alternativas de controle judicial. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.46.

⁴²³ Peter Haberle, ao se referir aos Tribunais Constitucionais em particular, afirma que: “Eles são apenas um intérprete na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, embora, sem dúvida, se trate de um intérprete especialmente qualificado.” HÄBERLE, Peter. A Jurisdição constitucional na sociedade aberta. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.132.

⁴²⁴ ADI n.º 2.797/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15.09.2005, D.J. de 19.12.2006. Reconheceu-se no caso a inconstitucionalidade formal da Lei n.º 10.628/02, que alterou a redação do art.84 do Código de Processo Penal. Redefiniu o Legislativo a disciplina de foro por prerrogativa de função em contrariedade à jurisprudência do STF. Destaque-se o seguinte trecho da ementa: “Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.”

⁴²⁵ ADI n.º 3.772/DF, Relator o Ministro Carlos Brito. Julgamento em 29.10.2008, D.J. de 26.03.2009.

⁴²⁶ Súmula n.º 726: Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

⁴²⁷ “The power which distinguishes the Supreme Court of the United States is that of constitutional review of actions of the other branches of government, federal and state. Curiously enough, this power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command. The authority to determine the meaning and application of a written

dispositivo que atribua expressamente ao Supremo Tribunal Federal a última palavra na interpretação constitucional⁴²⁸. A preponderância da revisão judicial é justificada não com base em dispositivos específicos da Constituição, mas como fez o STF no julgamento da ADI n.º 2.797, com apoio na supremacia da Constituição e no Estado de Direito.

Como afirmou o Relator dessa ação direta, o Ministro Sepúlveda Pertence, a admissão de que a lei ordinária possa modificar a interpretação anteriormente conferida pelo Supremo Tribunal Federal equivaleria à sujeição das decisões da Corte ao referendo do legislador. Não se poderia permitir, sob tal ótica, *que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames*⁴²⁹.

Essa posição extremada, no entanto, não parece contribuir para o aperfeiçoamento do debate jurídico e institucional brasileiro, pois, como afirma Conrado Hübner, o processo de concretização da Constituição deve envolver necessariamente não só o Judiciário, mas também os demais atores políticos. A discussão constitucional não pode se exaurir no campo judicial. Os demais poderes devem ser instados a uma reflexão sobre o ato cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Judiciário, elevando, assim, a sua responsabilidade política no debate público⁴³⁰.

A supremacia da Constituição, ao contrário do que pretendeu fazer crer o STF nesse julgamento, não se traduz necessariamente em supremacia judicial⁴³¹. A interpretação da Constituição deve ser assegurada indistintamente a todos os poderes de forma a se assegurar

constitution is nowhere defined or even mentioned in the document itself. This is not to say that the power of judicial review cannot be placed in the constitution; merely it cannot be found there.” BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2th ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁴²⁸ A Constituição de 1988, ao tratar do efeito vinculante decorrente das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, direciona-o aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não havendo referência expressa ao Poder Legislativo (art.102, § 2º). O mesmo tratamento é conferido às súmulas vinculantes (art.103-A, *caput*). O próprio Ministro Sepúlveda Pertence, Relator da ADI n.º 2.797, reconhece em seu voto que a Constituição não outorgou à interpretação constitucional do Supremo Tribunal o efeito de vincular o Poder Legislativo, sequer no controle abstrato da constitucionalidade das leis, quando as decisões de mérito só terão força vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo. ADI n.º 2.797/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15.09.2005, D.J. de 19.12.2006.

⁴²⁹ ADI n.º 2.797/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15.09.2005, D.J. de 19.12.2006.

⁴³⁰ “Uma cultura política e jurídica que exime os outros agentes políticos de um posicionamento constitucional consistente e deliberado, e que não os responsabiliza politicamente por decisões constitucionais infelizes, perde a chance de aprofundar o papel da Constituição numa comunidade”. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. XXVII.

⁴³¹ Afirma nesse ponto Rodrigo Brandão que: “(...) considerar que, diante da presença da supremacia da Constituição, a autoridade interpretativa do Judiciário é absoluta, ahistórica e efetiva politicamente somente é procedente caso também se acredite que a interpretação da Constituição é uma atividade puramente jurídica, ou seja, uma atividade técnica que se resume a aplicar o instrumental da hermenêutica constitucional ao texto constitucional.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.8.

um maior equilíbrio entre eles e a maior concretização do princípio democrático. O controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, por si só, não garante obrigatoriamente a supremacia da Constituição⁴³².

Inquestionavelmente procede a célebre advertência feita por Alexander Hamilton de que o Judiciário é o poder que menos apresenta risco de usurpação da Constituição (*the least dangerous branch*)⁴³³. Isso não o torna, contudo, o poder que possa automaticamente definir com exclusividade o sentido final da Constituição.

No caso brasileiro, em particular, a atribuição dessa exclusividade ao Judiciário pode contribuir para a elevação do crônico problema relacionado à falta de engajamento popular na pressão por alterações legislativas que interfiram em políticas públicas essenciais e na concretização de direitos⁴³⁴, perpetuando o que Wanderley Guilherme dos Santos qualifica de *extensão regulada da cidadania*⁴³⁵.

Mesmo que se reconheça no modelo brasileiro a atribuição exclusiva de o Supremo Tribunal Federal proferir a última palavra sobre a interpretação da Constituição, a simples existência do debate teórico sobre diálogos institucionais sugere, à luz do princípio democrático, a necessidade de que sejam buscadas ferramentas que permitam a flexibilização

⁴³² Conrado Hübner afirma nesse ponto que: “A Constituição é simplesmente a norma abstrata a ser interpretada. A supremacia da Constituição é uma promessa que o constitucionalismo não pode cumprir exclusivamente por meio do controle judicial de constitucionalidade.” MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 160. Importante aqui a observação feita por Rodrigo Brandão no sentido de que “à vista de o amplo leque de regras pretorianas excluir do tráfego jurídico sentidos distintos atribuídos por outros Poderes ao princípio constitucional interpretado (segundo a lógica da supremacia constitucional), o bloco de constitucionalidade no Brasil seria muito abrangente – quiçá ubíquo -, e o STF assumiria uma posição de primazia na definição da ‘última palavra’ sobre o sentido da Constituição, não apenas no caso concreto, mas também no futuro.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.180.

⁴³³ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.” 78th Federalist, “The Judges as Guardians of the Constitution”, HAMILTON, Alexander.

⁴³⁴ “(...) as demandas gerais da população, que não afetam a um grupo específico, dificilmente são capazes de mobilizar setores a ponto de que se organizem para reivindicá-las. Ocorre aqui, em razão da hipótese de Olson quanto à natureza da ação coletiva, a existência do que Salisbury chama de um padrão difuso de demandas, isto é, não articulado, o que dá ao governo maior latitude de operação, pois não precisa confrontar-se com grupos sociais específicos.” SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994, p.77.

⁴³⁵ “Marcante na evolução brasileira, todavia, é o fato de que os períodos em que se podem observar efetivos progressos na legislação social coincidem com a existência de governos autoritários. Os dois períodos notáveis da política social brasileira identificam-se, sem dúvida, ao governo revolucionário de Vargas e à década pós-1966. Nesta conexão, a experiência brasileira se aproximaria da estratégia bismarckiana de tentar obter a aquiescência política do operariado industrial em troca do reconhecimento de alguns de seus direitos civis. Igualmente importante, o preço político pago pela sociedade, em seu conjunto, foi, nos dois períodos, bastante elevado. No primeiro momento, caracterizou-se a relação entre o poder e o público pela extensão regulada da cidadania. Caracteriza-se o segundo pelo recesso da cidadania política, isto é, pelo não-reconhecimento do direito ou da capacidade da sociedade governar-se a si própria. E isto reflete-se em todos os níveis, inclusive nas instituições da política social.” SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994, p.89.

do sistema de controle judicial de constitucionalidade, tornando-o mais permeável às contribuições que os demais poderes podem oferecer para a concretização dos preceitos constitucionais.

A modulação temporal de efeitos é, nesse contexto, uma valiosa ferramenta que, sem atentar contra o quadro normativo constitucional, permite o fomento do diálogo entre as instituições ao atribuir ao Poder Judiciário um papel não necessariamente amplo sobre a questão constitucional colocada em discussão. A definição da matéria constitucional controvertida, tendo em vista as consequências que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar ao ordenamento jurídico, será construída não só a partir de uma interpretação ampla e exclusiva do Judiciário, mas sim a partir de uma atuação coordenada entre os poderes.

O diálogo institucional será tão mais intenso quanto menor for o grau de retroatividade atribuído à decisão judicial. Nas hipóteses em que se atribuem efeitos *ex nunc* à decisão judicial, já se observa algum nível de diálogo na medida em que se prestigiam os Poderes Legislativo e Executivo com a convalidação do ato impugnado, mesmo que isso se dê apenas entre marcos temporalmente limitados. Mas o verdadeiro diálogo se dará com a atribuição de efeitos *pro futuro* à decisão judicial, uma vez que, em tal hipótese, terão os Poderes Legislativo e Judiciário a oportunidade de editar novos atos normativos em substituição àquele que foi impugnado.

A modulação temporal de efeitos apresenta-se, dessa forma, como uma ferramenta valiosa de diálogo institucional, permitindo a conciliação dos espaços próprios dos poderes constituídos, sem pecar por uma postura extremada que atribua com exclusividade a apenas um dos poderes a definição da matéria constitucional⁴³⁶. É o que se passa a demonstrar.

4.4 Modulação como ferramenta de diálogo institucional

Estabelecidas as premissas conceituais básicas do ativismo judicial e do diálogo institucional, pode-se afirmar que a modulação temporal de efeitos é um valioso instrumento apto não só a legitimar como também a melhor operacionalizar o processo de tomada de decisões constitucionais, assegurando-se uma maior efetividade da Constituição.

⁴³⁶ Ao discorrer sobre o embate entre as teorias que atribuem a prevalência, de um lado, ao Poder Legislativo, e, de outro, ao Poder Judiciário, na concretização das normas constitucionais, Virgílio Afonso da Silva afirma que esse tipo de dicotomia costuma *pecar por um certo maniqueísmo, como se o problema se resumisse às alternativas “todo poder aos juízes” ou “todo o poder ao legislador”*. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, n.250, 2009.

No plano da legitimação, a integração dos Poderes Legislativo e Executivo no processo de concretização das normas constitucionais, proporcionada pela modulação de efeitos, trará maior racionalidade ao sistema de separação de poderes (art. 2º da Constituição da República), concretizando de forma mais acentuada o princípio democrático (art. 1º da Constituição da República).

A modulação temporal de efeitos pode permitir que a definição da matéria constitucional controvertida, tendo em vista as consequências que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar ao ordenamento jurídico, seja construída não só a partir de uma interpretação ampla e exclusiva do Judiciário, mas sim a partir de uma atuação coordenada entre os poderes.

Nas hipóteses em que se atribuam efeitos *ex nunc* à decisão judicial, o diálogo já se mostrará presente na medida em que se convalida, mesmo que parcialmente, os efeitos produzidos pelo ato normativo. Na hipótese de atribuição de efeitos *pro futuro*, o diálogo se mostrará ainda mais intenso, pois se permitirá que os próprios Poderes Legislativo e Executivo tenham a oportunidade de dar uma solução ao estado de inconstitucionalidade reconhecido previamente pelo Judiciário.

Mais precisamente, a partir da prolação da decisão judicial, abre-se um prazo dentro do qual os demais poderes poderão editar um novo ato normativo em substituição àquele cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Judiciário. Essa substituição, por sua vez, traz não só a virtude de integrar os demais poderes no processo de concretização das normas constitucionais, como igualmente evita uma relação de descontinuidade entre atos normativos, afastando, com isso, a insegurança gerada por eventuais vácuos normativos.

Ademais, o Poder Judiciário, com a integração dos Poderes Legislativo e Executivo no processo decisório, não se defrontará, no plano operacional, com os chamados obstáculos políticos, que poderiam impedir que a Corte Constitucional, mesmo estando plenamente convencida da inconstitucionalidade da lei impugnada, reconheça esse vício⁴³⁷.

A preocupação com a maior racionalidade do sistema de separação de poderes, possibilitando-se uma menor ingerência de o Judiciário no âmbito de competências dos demais poderes, está presente na própria gênese da abordagem prospectiva. Conforme já apontado, a perspectiva prospectiva decorreu originariamente da concepção do modelo concentrado de controle de constitucionalidade por Kelsen.

⁴³⁷ No mesmo sentido, conforme já registrado, ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. Trad. Ignacio Torres Muro. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.48.

Ao conceber esse modelo, muito embora reconheça que o Poder Judiciário é o órgão mais idôneo para a fiscalização do controle de constitucionalidade, preocupou-se Kelsen com as consequências que poderiam advir do controle de questões políticas por esse mesmo poder. Essa preocupação resultou na concepção de um modelo de controle de constitucionalidade extremamente reverente ao legislador.

Essa reverência ao Poder Legislativo foi assegurada, por um lado, com a eleição de um único órgão judicial – a Corte Constitucional – com poderes exclusivos para o exercício do controle de constitucionalidade, não permitindo, com isso, que os demais juízes e Tribunais possam ter ingerência sobre os atos legislativos. De outro lado, Kelsen atribui à decisão de inconstitucionalidade natureza constitutiva e efeitos prospectivos. A norma só deixa de ser válida a partir do reconhecimento judicial de inconstitucionalidade. Enquanto não for revogada ou declarada inconstitucional, a lei deve ser considerada como válida. E mesmo quando há a sua invalidação, os efeitos prospectivos impedem que sejam atingidas as situações alcançadas pela norma antes do reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Esse modelo atenua o rigor do controle tradicional de constitucionalidade, de origem norte-americana. De fato, a atribuição de natureza declaratória e efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, tal como concebido pelo sistema de controle difuso norte-americano, importa em um modelo mais invasivo⁴³⁸, pois afasta completamente a possibilidade de convalidação dos atos praticados pelos demais poderes, não deixando, de igual forma, qualquer espaço de integração desses mesmos poderes no processo de tomada de decisão. Além disso, permite que todos os juízes possam promover a revisão dos atos praticados pelos demais poderes, ampliando significativamente a ingerência judicial sobre os atos estatais.

Depreende-se, assim, dessa perspectiva histórica que a razão subjacente à perspectiva prospectiva é a de possibilitar uma menor ingerência de o Judiciário no âmbito de competências dos demais poderes, permitindo-se, com isso, um verdadeiro diálogo institucional. No caso de decisões com efeitos *ex nunc*, o diálogo já se mostrará presente na medida em que se convalida, mesmo que parcialmente, os efeitos produzidos pelo ato legislativo. Na hipótese de atribuição de efeitos *pro futuro*, o diálogo se mostrará ainda mais

⁴³⁸ Nesse sentido afirma Rodrigo Brandão que: “(...) a adoção da perspectiva norte-americana de que as decisões de inconstitucionalidade têm natureza declaratória e efeitos retroativos (*ex tunc*), de modo a invalidar todos os efeitos produzidos pela norma desde o seu nascedouro, constitui naturalmente, elemento favorável ao fortalecimento do Judiciário. Já a solução kelseniana, no sentido de atribuir à decisão de inconstitucionalidade natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos (*ex nunc*), na medida em que convalida os efeitos produzidos pela norma até a decisão da Corte, ameniza a influência da decisão judicial em favor das competências parlamentares.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.80.

intenso, pois será permitida aos próprios Poderes Legislativo e Executivo a oportunidade de que seja dada uma solução ao estado de inconstitucionalidade reconhecido previamente pelo Judiciário.

A solução a ser dada pelos Poderes Legislativo e Executivo, com a edição de novos atos normativos em substituição àquele cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Judiciário, se pautará por razões que não guardam estrita vinculação com os argumentos que integraram o debate na esfera judicial. Dessas novas razões, suscitadas em um ambiente mais afeito à disciplina primária das relações sociais, poderão advir, inclusive, novos equacionamentos para a questão e que poderão proporcionar uma maior efetividade das disposições constitucionais em sua integralidade.

Essa propensão da perspectiva prospectiva ao diálogo é igualmente reforçada pela constatação de que as suas premissas centrais decorrem de uma análise indiscutivelmente gradualista. Ao se permitir que sejam adotadas decisões que não recaiam necessariamente na escolha binária entre o constitucional e o inconstitucional, reconhecendo-se, ao revés, diferentes níveis de intensidade no desempenho de tal tarefa, abre-se a oportunidade para a integração de todos os poderes no processo de decisão.

Conrado Hübner, nesse ponto, apresenta interessante abordagem sobre os conceitos jurídicos e políticos. Defende ele que há dois estilos analíticos para a definição desses conceitos: o binarismo e o gradualismo. O binarismo pressupõe um *raciocínio estruturado a partir de dicotomias abrangentes e rígidas*, enquanto o gradualismo adota uma postura mais flexível, admitindo graus de realização de determinado ideal⁴³⁹.

A partir da assunção de que o gradualismo é mais adequado para a análise de conceitos políticos, defende Hübner que a teoria normativa não pode ser entendida de maneira inflexível, submetendo-se, ao contrário, a gradações a fim de que se observe na maior medida possível a efetividade das normas jurídicas⁴⁴⁰.

Particularmente no que se refere ao controle de constitucionalidade, dada a complexidade e a peculiar natureza das normas constitucionais, o seu exercício não poderá se

⁴³⁹ “Binário é o raciocínio estruturado a partir de dicotomias abrangentes e rígidas, isto é, limita-se a verificar se um objeto tem ou não determinada qualidade (por exemplo: se um regime é democrático ou autoritário, se alguém é de esquerda ou de direita, se uma lei é constitucional ou inconstitucional). Gradualista, por sua vez, é o raciocínio que nos permite avaliar a medida de certa qualidade, o grau de realização de determinado ideal. Não se preocupa em dizer se algo é ou não é, mas em que medida algo é ou não é, o quanto se aproxima ou se distancia desse ideal (da democracia, da esquerda e assim por diante). Não se acomoda à definição do modelo ideal, mas desenvolve parâmetros de mensuração e defende que pontos mais próximos do ideal são, obviamente, mais desejáveis.” MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.40.

⁴⁴⁰ “A teoria normativa tem que ser sensível a gradações justamente para mostrar que um ponto mais próximo do ideal é melhor do que o mais distante. O normativo, por isso, deve não apenas modelar o ideal (e, nesse sentido, imagina os dois extremos do espectro), mas também imaginar os graus de aproximação.” MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.40.

limitar em todos os casos a uma escolha binária entre o constitucional e o inconstitucional, havendo diferentes níveis de intensidade no desempenho de tal tarefa. A abordagem prospectiva, nesse esteio, ao admitir distintas possibilidades temporais no que se refere aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, abre uma perspectiva dialógica que melhor se harmoniza com os princípios da separação dos poderes e democrático.

Será possível atingir maior equilíbrio e racionalidade nas ações constitucionais sem que se abra mão de uma postura ativista, conciliando-se os espaços próprios dos poderes constituídos sem pecar por uma postura maniqueísta.

Emblemático nesse aspecto é o caso enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ação direta de inconstitucionalidade direcionada contra a Lei n.º 7.619/00 do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães em desacordo com o preceito estabelecido no art. 18, § 4º, da Constituição, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n.º 15, de 12.09.1996⁴⁴¹.

O Ministro Eros Grau, relator originário da referida ação, reconhecendo as dificuldades decorrentes da existência de fato do Município como ente federado dotado de autonomia, e dos inúmeros atos por ele praticados, sustentou inicialmente que o Tribunal não poderia se limitar à prática de um mero exercício de subsunção, propugnando, “em razão da realidade concreta do Município”, que o pedido da ação fosse julgado improcedente.

Essa construção inicial do Ministro Eros Grau não esgotou, contudo, todas as potencialidades do caso, uma vez que a postura de autocontenção na hipótese implicaria em subtrair qualquer grau de efetividade a um preceito constitucional expresso.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em voto-vista, também se mostrou sensível à realidade fática subjacente ao caso⁴⁴², o que, igualmente sob a sua ótica, impediria um pronunciamento de inconstitucionalidade com reconhecimento de nulidade, mas, diferentemente do Ministro Eros Grau, constrói uma decisão que busca assegurar algum grau de efetividade à Constituição⁴⁴³.

⁴⁴¹ ADI n.º 2.240-7/Bahia, Relator originário o Ministro Eros Grau. Julgamento em 09.05.2007, D.J. de 03.08.2007.

⁴⁴² “Creio que o Tribunal já se encontra plenamente inteirado das graves repercussões de ordem política, econômica e social de uma eventual decisão de inconstitucionalidade. A questão pendente neste julgamento está em definir quais os contornos que a inevitável decisão do Tribunal deve assumir para que seja, na maior medida possível, menos gravosa à realidade concreta fundada sobre a nova entidade federativa.” ADI n.º 3682/MT, Relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento em 09.05.2007, D.J. de 06.09.2007.

⁴⁴³ “A solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. Seria como se o Tribunal, focando toda a sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional.” ADI n.º 3682/MT, Relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento em 09.05.2007, D.J. de 06.09.2007.

E assim o fez invocando a perspectiva prospectiva, adotando uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada, resguardasse na maior medida possível os efeitos por ela produzidos. Mais precisamente, votou no sentido de, aplicando a modulação dos efeitos temporais, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal dentro do qual poderia o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deveriam ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão proferida nos autos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 3.682⁴⁴⁴.

A proposição de modulação temporal de efeitos feita pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes acabou sendo acolhida pela maioria dos Ministros do Supremo, inclusive pelo Relator originário, que reformulou o voto inicialmente apresentado. A decisão assim construída simultaneamente preservou as situações jurídicas consolidadas a partir da criação do Município putativo e instou o Congresso Nacional a disciplinar a matéria concernente à criação de Município por intermédio da edição da Lei Complementar exigida pelo art. 18, § 4º, da Constituição, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n.º 15, de 12.09.1996.

Conferiu-se maior efetividade aos dispositivos da Constituição, reconhecendo-se a um só tempo a necessária observância da regra estabelecida no art. 18, § 4º, da Constituição e dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, como também foi proporcionado um espaço próprio de atuação do Congresso Nacional e do Poder Legislativo estadual na resolução da questão.

Mais precisamente, ao Congresso Nacional competiria a edição da lei complementar de que trata o art. 18, § 4º, da Constituição, estabelecendo os critérios nacionais para a criação de Municípios e, ao Poder Legislativo estadual, a edição de uma nova lei de criação do Município de acordo com os limites fixados na referida lei complementar⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Julgou-se procedente o pedido formulado nesta ação para “declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adotasse ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.” ADI n.º 3682/MT, Relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento em 09.05.2007, D.J. de 06.09.2007.

⁴⁴⁵ Haveria ainda a integração do próprio Poder Executivo nas esferas federal e estadual. O Poder Executivo, no âmbito federal, participaria do processo legislativo concernente à edição da lei complementar de que trata o art.18, § 4º, da Constituição, e, no âmbito estadual, integraria o processo legislativo concernente à edição da nova lei de criação do Município, agora de acordo com os limites fixados em lei complementar federal.

Observe-se aqui que esse espaço próprio de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na resolução da questão submetida ao Judiciário só foi possível em razão da atribuição de efeitos *pro futuro* ao reconhecimento de inconstitucionalidade. A opção binária de puro reconhecimento de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, em contraposição, não levaria a qualquer tipo de diálogo com os demais poderes: no primeiro caso, levaria a uma injustificável postura de autocontenção judicial, em detrimento da normatividade da regra estabelecida no art. 18, § 4º, da Constituição, e, na segunda hipótese, acarretaria uma postura de exacerbado ativismo judicial em detrimento dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

O Congresso Nacional, no entanto, não editou a referida lei complementar. A sua resposta limitou-se à promulgação da Emenda Constitucional n.º 57, de 18 de dezembro de 2008, que criou novo dispositivo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a fim de convalidar as leis de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios publicadas até 31 de dezembro de 2006⁴⁴⁶.

Muito embora essa decisão não tenha se revelado em sintonia com uma desejada racionalidade constitucional, na medida em que o Congresso Nacional se limitou a convalidar Municípios criados de forma inconstitucional, sem estabelecer os critérios para a sua criação, houve a abertura de um espaço para que o Legislativo atuasse de forma a integrar o processo decisório, estimulando-o a se pronunciar sobre a matéria⁴⁴⁷.

Esse importante precedente do Supremo Tribunal Federal também revela que a abordagem prospectiva é igualmente capaz de fomentar o debate dentro da própria instituição, não se restringindo apenas a fomentar o diálogo com os demais poderes. Isso decorre em função da tentativa de superação dos já referidos obstáculos políticos, bem como também da necessidade de se alcançar um quorum extremamente qualificado para a modulação temporal de efeitos⁴⁴⁸.

Tal fato é de especial relevância no contexto brasileiro dado que o sistema aqui vigente segue um padrão quase que exclusivamente agregativo e não propriamente

⁴⁴⁶ Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: "Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação."

⁴⁴⁷ Em idêntico sentido Rodrigo Brandão: "Embora tal resposta não pareça completamente satisfatória, na medida em que o Parlamento se limitou a convalidar Municípios criados de forma inconstitucional, sem estabelecer os critérios nacionais únicos exigidos pela Constituição, ao menos o Congresso Nacional foi instado pelo STF a manifestar-se sobre assunto altamente controvertido, algo que provavelmente não ocorreria (ou pelo menos tardaria a ocorrer) caso a decisão do STF não tivesse colocado o tema na agenda política." BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.298.

⁴⁴⁸ Cite-se também a título de exemplo o longo debate que se deu entre diversos Ministros no julgamento da ADI n.º 3430, resultando, ao final, pela aprovação de modulação nos caso. ADI n.º 3430/ES, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 12.08.2009, D.J. de 22.10.2009.

deliberativo. Quase não há o debate de argumentos entre os juízes que integram os órgãos colegiados, observando-se tal fato inclusive no âmbito do STF. Nos casos mais relevantes, os juízes levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e, em geral, não estão predispostos à análise dos argumentos de seus pares. Como regra, os argumentos aduzidos por um dos juízes pouca influência exerce sobre os demais, notadamente no STF onde há a transmissão ao vivo das sessões de julgamento⁴⁴⁹.

A perspectiva prospectiva atenuará esse sistema, estimulando a deliberação interna com o objetivo de que sejam afastados obstáculos políticos que, a princípio, militariam contrariamente a um provimento efetivo por parte do Supremo Tribunal Federal. Apresenta igualmente a virtude de que sejam buscadas decisões que revelem um maior ônus argumentativo, haja vista a necessidade de que se observe o assentimento de pelo menos 8 (oito) Ministros para a sua aprovação.

As abordagens empíricas, com as quais a perspectiva prospectiva guarda íntima relação, proporcionam uma desejada complementação dos aportes estritamente normativos, permitindo que uma análise mais abrangente do fenômeno jurídico – atenta às circunstâncias concretas da realidade social - proporcione a efetiva concretização das normas jurídicas⁴⁵⁰.

Conforme observado no início do julgamento do caso envolvendo a lei de criação do município baiano, a constatação de que a realidade fática subjacente ao caso examinado constitui uma ameaça concreta à implementação da decisão judicial, tende a levar os juízes a uma postura de prudência, sendo deferentes à norma que não repute realizar plenamente um preceito constitucional expresso.

Nesse contexto, a modulação temporal de efeitos funciona como ponte entre as teorias empíricas e normativas. Vale-se de abordagens consequencialistas e institucionais sem se descuidar da preocupação normativa e dogmática⁴⁵¹. Permite concomitantemente o debate mais intenso dentro do próprio Judiciário e o diálogo deste com os demais poderes, tudo com o

⁴⁴⁹ Em sentido semelhante afirma Luís Roberto Barroso que: “A transmissão ao vivo dos julgamentos, por uma televisão oficial, constitui traço distintivo ainda mais original, talvez sem outro precedente pelo mundo afora. Em parte como consequência desse modelo de votação pública, o sistema brasileiro segue um padrão agregativo e não propriamente deliberativo. Vale dizer: a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários.” BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 1.jun.2012.

⁴⁵⁰ Sobre esse ponto afirma Habermas que “o conteúdo idealista das teorias normativas se dissolve, ao longo do processo de desenvolvimento da teoria, em contato com os conhecimentos das ciências sociais, pois as “luzes” trazidas pela sociologia parecem sugerir uma visão mais sóbria do processo político.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.57.

⁴⁵¹ “O pluralismo metodológico está tão arraigado nas exigências do direito atual que nenhuma controvérsia sobre os métodos conseguiu jamais terminar por impor um método em detrimento dos demais e, afinal, todas se resolveram por acrescentar algum outro à lista.” Nesse sentido ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005, p.135.

objetivo de se assegurar a concretização dos preceitos constitucionais de uma forma mais harmônica e sistemática.

Ao deixar um espaço próprio para a correção do vício de inconstitucionalidade por parte dos demais poderes estabelecidos, gera a modulação temporal de efeitos uma pressão pela ação legislativa que se mostra mais efetiva do que uma determinação judicial inflexível.

Essa atuação corretiva, contudo, não será incondicional, pois dependerá da observância de padrões conceituais preestabelecidos pelo Poder Judiciário dentro de um marco temporal igualmente prefixado. Além disso, não implicará automaticamente na resolução final da controvérsia constitucional na esfera legislativa, podendo haver, eventualmente, o posterior controle judicial da solução dada pelo Poder Legislativo, estabelecendo-se mais uma etapa do diálogo institucional.

Situação como essa foi observada no caso que envolveu a definição de critérios a serem observados pelas câmaras municipais na fixação do número de vereadores. O STF, ao apreciar originariamente o tema em sede de recurso extraordinário, firmou entendimento no sentido de que a Constituição, em seu art. 29, inciso IV, exige que o número de vereadores seja proporcional à população dos municípios, não podendo haver discricionariedade na fixação deste número entre os limites mínimo e máximo⁴⁵².

No entanto, tendo em vista as consequências fáticas que o reconhecimento de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* traria para o caso subjacente ao julgamento, valeu-se o STF da modulação a fim de atribuir efeitos *pro futuro* ao reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, preservando-se, com isso, os mandatos dos vereadores eleitos em desacordo com a cláusula de proporcionalidade⁴⁵³.

Esse precedente, juntamente com outro resultante do julgamento da ADI n.º 3.345/DF⁴⁵⁴, abriu a oportunidade para que o Poder Legislativo equacionasse a questão à luz

⁴⁵² Veja-se o seguinte trecho da ementa: “1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.” RE n.º 197.917-8/SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em 06.06.2002, D.J. de 07.05.2004.

⁴⁵³ Veja-se o seguinte trecho da ementa: “8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.” RE n.º 197.917-8/SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em 06.06.2002, D.J. de 07.05.2004.

⁴⁵⁴ Essa ação direta foi direcionada contra a Resolução n.º 21.702/2004, editada pelo TSE, que disciplinou a cláusula de proporcionalidade reconhecida pelo STF no julgamento do RE n.º 197.917-8/SP. Julgou o STF improcedente o pedido sob o argumento de que a referida Resolução, ao consubstanciar mera explicitação de anterior julgamento do STF (RE 197.917/SP), limitou-se a agir em função de postulado essencial à valorização da própria ordem constitucional, cuja observância fez prevalecer, no plano do ordenamento positivo, a força normativa, a unidade e a supremacia da Lei Fundamental da República. ADI n.º 3.345/DF, Relator o Ministro Celso de Mello. Julgamento em 25.08.2005, D.J. de 20.08.2010.

dos padrões conceituais preestabelecidos pelo Poder Judiciário. Em resposta, o Poder Legislativo aprovou a Emenda Constitucional n.º 58/2009, que pormenorizou o número de vereadores em distintas faixas, respeitando-se em todas elas a cláusula de proporcionalidade reconhecida previamente pelo STF.

O Poder Legislativo, no entanto, não se limitou à fixação do número de vereadores de acordo com a cláusula da proporcionalidade, estabelecendo, na mesma oportunidade, a aplicação retroativa dos novos critérios ao processo eleitoral do ano anterior. Provocado novamente em sede de ação direta, reconheceu o STF não ser possível a retroação dos efeitos da nova disciplina conferida pela Emenda Constitucional n.º 58/2009 ao pleito eleitoral de 2008, tendo em vista o preceito estabelecido no art. 16 da Constituição que veda, de forma expressa, a retroatividade da lei eleitoral⁴⁵⁵.

Esse exemplo reforça a constatação de que, em situações de complexidade e pluralismo, qualquer modelo que atribua com exclusividade a um dos poderes a tarefa de resolver controvérsias constitucionais é incapaz de dar conta das expectativas normativas⁴⁵⁶. A concretização das normas constitucionais, ao revés, deve ser uma atribuição conjunta de todos os poderes constituídos, cada qual contribuindo de acordo com as suas perspectivas e capacidades institucionais⁴⁵⁷.

Um último exemplo envolvendo a aplicação da modulação de efeitos merece ser aqui destacado pelas suas características singulares. Trata-se do já mencionado julgamento da ADI n.º 4.029/DF, direcionada contra a Lei n.º 11.516/07, que criou a entidade autárquica denominada Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade⁴⁵⁸. Alegou-se nesse

⁴⁵⁵ Veja-se o seguinte trecho da ementa: VEDADA APLICAÇÃO DA REGRA À ELEIÇÃO QUE OCORRA ATÉ UM ANO APÓS O INÍCIO DE SUA VIGÊNCIA: ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA, COM EFEITOS 'EX TUNC', PARA SUSTAR OS EFEITOS DO INCISO I DO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58, DE 23.9.2009, ATÉ O JULGAMENTO DE MÉRITO DA PRESENTE AÇÃO. ADI n.º 4.307/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 11.11.2009, D.J. de 05.03.2010.

⁴⁵⁶ O princípio da separação de poderes nos dias atuais não traça uma fronteira rígida entre os poderes estatais, mas pretende, ao contrário, com a adoção de leis abertas, que as instituições façam uma contribuição substancial ao processo de concreção jurídica. Conforme afirma Bruce Ackerman: “Honraremos Montesquieu e Madison melhor ao buscar novas formas constitucionais para lidar com esses desafios, mesmo ao custo de transcender formulações tríades familiares.” ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.116.

⁴⁵⁷ Rodrigo Brandão esclarece que o modelo dialógico: “torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos ‘poderes’ contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.289.

⁴⁵⁸ ADI n.º 4.029/DF, Relator o Ministro Luiz Fux. Julgamento realizado originariamente na sessão de 07.03.2012 e posteriormente modificado na sessão de 08.03.2012. Publicação no D.J. de 27.06.12.

processo que não foi observado o preceito estabelecido no art. 62, § 9º, da Constituição⁴⁵⁹ durante o processo de conversão da Medida Provisória n.º 366/2007 na Lei n.º 11.516/07.

A Comissão Mista de que trata o art. 62, § 9º, da Constituição, embora constituída, não deliberou sobre a referida Medida Provisória em tempo hábil, aplicando-se ao caso o preceito estabelecido no art. 6º da Resolução n.º 1/2002 do Congresso Nacional, que atribui ao Relator designado, na hipótese de decurso de prazo, a tarefa de elaborar o parecer em nome da Comissão.

Mais precisamente, dispõe a mencionada Resolução que a Comissão Mista terá o prazo de quatorze dias para emitir parecer sobre a medida provisória⁴⁶⁰. Findo esse prazo, mesmo sem a prolação do parecer, o processo legislativo deve seguir seu curso, passando a Câmara dos Deputados a examinar a matéria. Nessa hipótese, a Comissão Mista pode emitir o parecer, por meio de seu relator, no Plenário da Câmara dos Deputados⁴⁶¹. E assim ocorreu no caso: o parlamentar nomeado como relator se encarregou de emitir parecer sobre a medida provisória diretamente no Plenário da Câmara dos Deputados.

Em sessão de julgamento ocorrida em 07.03.2012, o STF reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 6º da Resolução n.º 1/2002 do Congresso Nacional por contrariedade ao preceito estabelecido no art. 62, § 9º, da Constituição, e, no que se refere à questão principal, julgou parcialmente procedente o pedido a fim de reconhecer a inconstitucionalidade formal da lei de criação do Instituto Chico Mendes (Lei n.º 11.516/07).

Porém, com o objetivo de impedir a descontinuidade fático-jurídica do Instituto Chico Mendes, adotou o STF a modulação temporal de efeitos, não pronunciando a nulidade da Lei n.º 11.516/07 pelo prazo de vinte e quatro meses (efeitos *pro futuro*)⁴⁶². Preocupou-se ainda o Relator, dada a constatação de que inúmeras medidas provisórias foram convertidas em lei

⁴⁵⁹ Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

⁴⁶⁰ Art. 5º. A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucionais, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.

⁴⁶¹ Art. 6º. A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no *caput* do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

⁴⁶² Veja-se a respeito a parte dispositiva do voto apresentado originariamente pelo Relator da ação na sessão realizada em 07.03.2012: “*Ex positis*, voto no sentido de julgar a presente ação direta parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei Federal n.º 11.516/07, modulando temporalmente os efeitos da pronúncia de nulidade, nos termos do art.27 da Lei 9.868/99, para após o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar da prolação dessa decisão.” ADI n.º 4.029/DF, Relator o Ministro Luiz Fux. Julgamento realizado originariamente na sessão de 07.03.2012 e posteriormente modificado na sessão de 08.03.2012. Publicação no D.J. de 27.06.12.

observando o mesmo procedimento, em sinalizar aos jurisdicionados que, em futuras ações envolvendo a discussão acerca da constitucionalidade desse procedimento, seria conferido idêntico tratamento, postergando-se os efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade.

Observa-se nesse caso a preocupação do STF com as consequências sistêmicas que a sua decisão poderia provocar. Essa preocupação, por sua vez, não se circunscreveu à realidade fática subjacente à criação do Instituto Chico Mendes, abrangendo a realidade social em sua integralidade, dada a constatação de que inúmeras medidas provisórias foram convertidas em lei observando o mesmo procedimento⁴⁶³.

A solução inicialmente apresentada pelo STF procurou, por um lado, assegurar algum grau de efetividade ao preceito estabelecido no art. 62, § 9º, da Constituição, e, por outro, resguardar os princípios de proteção ao meio ambiente⁴⁶⁴ e da segurança jurídica que restariam frontalmente violados caso se propugnasse pela descontinuidade do Instituto Chico Mendes. Evidenciou-se, de igual forma, a preocupação com a segurança jurídica em sentido muito mais amplo, dada a possibilidade de questionamento da constitucionalidade das demais medidas provisórias aprovadas sob o mesmo rito.

A modulação temporal de efeitos foi utilizada, nesse esteio, como instrumento de compatibilização dos preceitos constitucionais justapostos, assegurando-se, de igual sorte, a oportunidade de o Poder Legislativo integrar o respectivo processo decisório, provocando-se um desejado diálogo institucional. Valeu-se o STF de considerações consequencialistas sem descuidar da normatividade da Constituição. Os efeitos sistêmicos visualizados pelo STF foram integralmente reconduzidos ao quadro normativo constitucional, justificando-se a modulação temporal de efeitos da decisão à luz dos princípios de proteção ao meio ambiente e da segurança jurídica.

A despeito dessa solução se harmonizar perfeitamente com o ordenamento constitucional, a análise mais acurada das consequências sistêmicas levou o STF a reformular a sua decisão originária. Em sessão realizada no dia 08.03.2012, dia seguinte à data da

⁴⁶³ Veja-se a respeito o seguinte trecho do voto apresentado originariamente pelo Relator da ação na sessão realizada em 07.03.2012: “No que atine à não emissão de parecer pela Comissão Mista parlamentar, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art.62, §9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda n.º 32 de 2001, devem ser expurgadas *ex tunc* do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa.” ADI n.º 4.029/DF, Relator o Ministro Luiz Fux. Julgamento realizado originariamente na sessão de 07.03.2012 e posteriormente modificado na sessão de 08.03.2012. Publicação no D.J. de 27.06.12.

⁴⁶⁴ “A proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art.225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007.” Trecho extraído do voto apresentado originariamente pelo Relator da ação na sessão realizada em 07.03.2012. ADI n.º 4.029/DF, Relator o Ministro Luiz Fux. Julgamento realizado originariamente na sessão de 07.03.2012 e posteriormente modificado na sessão de 08.03.2012. Publicação no D.J. de 27.06.12.

primeira decisão proferida, o Tribunal, ao apreciar questão de ordem suscitada pelo Relator, pronunciou-se novamente sobre o processo, dessa vez aplicando a modulação temporal de efeitos não mais ao reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei n.º 11.516/07 e sim à declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º da Resolução n.º 1/2002 do Congresso Nacional, preservando-se, dessa forma, a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em lei até a data do julgamento, bem como daquelas que se encontravam em trâmite no Legislativo naquele momento.

Decidiu-se, assim, pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei de criação do Instituto Chico Mendes (Lei n.º 11.516/07)⁴⁶⁵, uma vez que foi convalidado, até a data do julgamento, o procedimento estabelecido na Resolução n.º 1/2002 do Congresso Nacional. Objetivou o STF, com isso, conferir maior alcance à proteção da segurança jurídica, resguardando não só as situações específicas subjacentes à criação do Instituto Chico Mendes, mas todas aquelas que se consolidaram até a data do julgamento sob a égide de leis resultantes da conversão de medidas provisórias aprovadas de acordo com o procedimento estabelecido na aludida Resolução⁴⁶⁶.

A primeira solução apresentada pela STF pressionaria o Poder Legislativo à adoção de nova lei de criação do Instituto Chico Mendes dentro do prazo assinalado (vinte e quatro meses), observando-se, nessa nova etapa, a regra de processo legislativo prevista no art. 62, § 9º, da Constituição. Já a segunda, muito embora afaste esta pressão específica sobre o Legislativo, uma vez que pressupõe a constitucionalidade da lei de criação do Instituto, mantém a determinação de que se observe a referida regra constitucional de processo legislativo em todos os casos futuros, ampliando, assim, o espectro de diálogo com o Legislativo.

Em síntese, esse importante precedente confirma as credenciais consequencialistas da modulação temporal de efeitos e a sua aptidão para a produção de um processo deliberativo mais qualificado pelo diálogo institucional.

⁴⁶⁵ “*Ex positis*, voto no sentido de julgar a presente Ação Direta improcedente, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, modulando temporalmente os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.” Decisão publicada no D.J. de 27.06.12.

⁴⁶⁶ “(...) fica declarada incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, ficando preservada a higidez de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, inclusive da Lei Federal nº 11.516/07, impugnada na presente ação. Assegura-se, ainda, a validade da adoção do procedimento ora declarado inconstitucional para a aprovação das Medidas Provisórias que atualmente tramitam no Parlamento. Quanto às demais, deverá o Congresso dar cumprimento ao disposto no art. 62, § 9º, da Constituição, sendo vedada a apreciação pelo Plenário sem o prévio parecer da comissão mista de Deputados e Senadores.” Decisão publicada no D.J. de 27.06.12.

Não obstante as virtudes apresentadas pela aptidão dialógica da modulação temporal de efeitos, deve ser buscada, à luz do que acima se expôs, uma maior racionalidade no processo decisório do STF a fim de que se evite a sua indiscriminada utilização.

Com efeito, a utilização da modulação temporal de efeitos deverá importar obrigatoriamente na apresentação de uma fundamentação específica que a justifique⁴⁶⁷. Deve-se permitir a identificação de todos os preceitos constitucionais envolvidos, assim como os fatos relevantes, dentre os quais se incluem as consequências advindas do reconhecimento de inconstitucionalidade de um determinado ato normativo.

A racionalidade do processo decisório não será assegurada apenas com a invocação do preceito normativo que legitima a utilização da modulação temporal de efeitos (art. 27 da Lei. nº 9.868/99), como já ocorreu algumas vezes no âmbito do STF, mas pela exposição crítica de todas as circunstâncias fático-normativas envolvidas e a abordagem dos respectivos efeitos sistêmicos. É apenas a exposição dos argumentos à crítica pública, conforme atesta Habermas, que garante a correção dos resultados⁴⁶⁸.

Buscou-se demonstrar, assim, que a modulação temporal de efeitos, permeada por uma necessária análise consequencialista que se reconduz ao quadro normativo constitucional, permite que se abra um diálogo entre as instituições políticas. Nesse diálogo, nenhum dos poderes assume a função de exclusivo produtor de normas jurídicas, concretizando-se, assim, em maior medida, os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Muito embora a adoção da modulação temporal de efeitos possa estimular o reconhecimento judicial de inconstitucionalidade de atos normativos, ela não acarretará necessariamente o incremento do ativismo judicial. Trata-se, em verdade, apenas de uma ferramenta decisória que permite a gradual efetivação da Constituição. O ativismo ou a

⁴⁶⁷Vide a respeito Roberto Romboli: “(...) parece necesario que las decisiones constitucionales sean siempre completamente motivadas, no tanto con el fin de una eventual impugnación, dada la irrecorribilidad de las mismas, como por el hecho de dirigirse a una pluralidad de interlocutores y de poder ser, por tanto, controladas em tal sentido. (...) Com respecto a la eficacia “externa”, una motivación clara y exhaustiva, si por um lado permitiría a la Corte una mayor capacidad de intervención sin estar obligada a retraerse por el excesivo carácter político de la cuestión, por el outro garantizaría una mayor homogeneidad de juicio por parte de la misma y la posibilidad de un control de sus decisiones por parte de la opinión pública, ante la cual aquélla parece que debe responder de alguna manera, y también serviría como orientación a la actividad de equilibrio entre los diferentes valores constitucionales que el Parlamento está llamado a desarrollar cuando se dispone a aprobar una ley (...).” ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. Trad. Ignacio Torres Muro. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.48.

⁴⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Oportuna aqui, por outro lado, a constatação de Rawls no sentido de que não há como se assegurar necessariamente um procedimento que garanta resultados justos. Segundo Rawls, a marca característica da justiça procedimental imperfeita é que, embora exista um critério independente para definir o resultado correto, não há um procedimento exequível que leve a ele infalivelmente. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. 3. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

autocontenção a ela não se associam diretamente e sim ao comportamento concreto dos juízes na escolha dos efeitos resultantes do reconhecimento de inconstitucionalidade⁴⁶⁹.

A modulação temporal de efeitos coloca-se, em regra, como alternativa entre dois procedimentos decisórios extremos, o primeiro traduzindo uma postura indiscutivelmente ativista (declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*), e o segundo configurando uma situação de autocontenção judicial (declaração de constitucionalidade). Dessas opções tradicionais, por outro lado, não resulta, em princípio, qualquer diálogo com as demais instituições, perfazendo-se a concretização da Constituição nos estritos limites do processo judicial.

A mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade – independentemente do nível desse comeditamento – enseja, por si só, uma deferência ao órgão responsável pela edição do ato normativo, mesmo que essa mitigação decorra exclusivamente da análise de circunstâncias fáticas não relacionadas diretamente às razões que motivaram a edição do ato. Essa deferência se revelará diretamente proporcional ao grau de prospectividade atribuído à decisão, culminando com a atribuição de efeitos *pro futuro*, hipótese em que se permitirá um diálogo intenso com os demais poderes, possibilitando que eles efetivamente integrem o processo decisório⁴⁷⁰.

4.5 Modulação como ferramenta de diálogo institucional – 2ª parte – Poderes Executivo e Legislativo

Demonstrou-se anteriormente que a modulação temporal de efeitos também decorre, como regra geral, da sistemática de controle de validade dos atos administrativos e

⁴⁶⁹ Afirma nesse ponto Rodrigo Brandão que: “Embora a concessão dessa notável prerrogativa ao Judiciário consista, a princípio, em fator favorável à judicialização, a forma segunda a qual o seu órgão de cúpula a exercerá parece ser o fator decisivo para a efetiva categorização da modulação como um elemento de ativismo ou de autorrestrrição judicial.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.82.

⁴⁷⁰ A atribuição de efeitos *pro futuro* à decisão se aproxima em alguma medida das estratégias de segunda ordem sustentadas por Sunstein e que tem por objetivo promover algum grau de delegação a fim de se quebrar a rigidez das decisões judiciais. Veja-se a respeito: “Pathologically rigid rules can be a serious problem for law and policy; the Sentencing Guidelines are often criticized on this ground, and whether or not the criticism is just, pathological rigidity is a problem for societies as well as individuals. Sometimes delegation is a most unfortunate route to travel.” SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. *Public Law and Theory Working Paper*, n. 1. Disponível em <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193848>. Acesso em: 1.jun.2012. Veja-se também: “(...) that judgments about institutional issues cannot be helpful without some kind of background normative account of interpretation. A second-best approach, one that asks about interpretive mistakes and dynamic effects, necessarily presupposes some first-best account. This is an important observation, and in a sense it is unexceptionable. But it fails to engage our central point, which is not that a first-best account is worthless or irrelevant, but that it is incomplete without a second-best account that takes account of institutional issues. Institutional analysis is necessary to the choice of interpretive rules, even if it is insufficient. In any case we also offer a further, more ambitious claim: Institutional analysis may indeed be sufficient in some settings, because it may allow interpreters who hold different commitments to converge on particular interpretive rules while bracketing disagreements about their preferred first-best accounts.” SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, v.101, n.4, 2003.

normativos pelos Poderes Executivo e Legislativo. Busca-se agora evidenciar que a abordagem prospectiva poderá ser igualmente utilizada nos campos administrativo e legislativo como forma otimizada de cumprir a Constituição e como instrumento de fomento do diálogo institucional.

As Casas Legislativas, assim como os diferentes órgãos e agências que integram a Administração Pública, poderão se valer da abordagem prospectiva sempre que as consequências advindas do exercício de funções normativas, administrativas ou mesmo judicantes, se revelarem mais prejudiciais ao ordenamento jurídico considerado em sua integralidade do que a concretização normativa isolada preconizada pela prática do ato⁴⁷¹.

Conforme já se evidenciou, os atos normativos não devem, como regra geral, ser editados com pretensões retroativas, preservando-se, com isso, as relações jurídicas constituídas validamente e desenvolvidas de acordo com o paradigma normativo então vigente. A atuação do legislador circunscreve-se, como visto, a situações onde não se ofendam direitos precedentemente adquiridos e situações jurídicas consolidadas sob a égide de atos normativos pretéritos.

Mesmo no espaço próprio de atuação do legislador – disciplina de fatos novos e efeitos advindos de fatos ou relações jurídicas pretéritas não alcançadas pelo direito adquirido, pela coisa julgada e pelo ato jurídico perfeito – deverá ele se pautar por uma postura de prudência em hipóteses cujo regramento normativo possa acarretar algum tipo de ingerência sobre algum outro poder estabelecido.

Ainda dentro desse espaço próprio de atuação do legislador, a edição de normas abertas e de baixa densidade normativa, em detrimento da elaboração de normas condicionais e de grande densidade normativa, também permitirá o diálogo com os demais poderes. A adoção de normas finalísticas, assim como de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, ao pressupor o estabelecimento de parâmetros mais gerais de regulamentação, permite a maior integração dos demais poderes na concretização normativa, reduzindo-se, com isso, o risco de embates institucionais.

Por outro lado, a proteção da segurança jurídica e de outros princípios constitucionais, acarretando o eventual temperamento dos efeitos temporais, deve estar presente na edição de

⁴⁷¹ Deve-se aqui ser dada uma acepção ampla ao conceito de ato administrativo. Estariam abrangidos todos os atos normativos, ordinatórios, negociais, enunciativos e punitivos de acordo com a clássica categorização de Hely Lopes Meirelles. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.160-179.

qualquer ato de indiscutível cunho normativo a ser editado por quaisquer dos poderes, não se restringindo às espécies legislativas formalmente previstas na Constituição⁴⁷².

No Executivo, não só as medidas provisórias e as proposições legislativas formais de sua iniciativa deverão se pautar por uma preocupação prospectiva, como também os regulamentos editados no exercício de competências regulamentares, sejam eles regulamentos de execução ou autônomos⁴⁷³.

Essa preocupação deve estar igualmente presente no campo de normatização própria das agências reguladoras independentes. O poder normativo dessas agências decorre, dentre outras razões, da sua maior capacidade institucional para a disciplina das matérias que lhe são correlatas⁴⁷⁴, e é substancialmente mais amplo do que aquele tradicionalmente reconhecido aos demais entes da Administração Pública⁴⁷⁵.

Os demais atos administrativos – sem natureza normativa - também deverão se pautar pelo raciocínio prospectivo. Conforme se evidenciou no item “7” do capítulo terceiro, a modulação temporal de efeitos decorre igualmente da sistemática de controle dos atos administrativos, reconduzindo-se a questão acerca dos efeitos decorrentes da invalidade de tais atos à ponderação entre os princípios constitucionais violados pelo ato administrativo que se pretende declarar inválido e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a vigência do ato declarado inválido.

O que se sustenta no presente trabalho é que não só a invalidação do ato administrativo se submeta ao raciocínio prospectivo, mas a própria prática do ato administrativo. Deve o agente público, tendo em vista as consequências fático-jurídicas que possam advir da prática do ato administrativo, sopesar previamente os valores subjacentes à

⁴⁷² No mesmo sentido Ricardo Lodi: “Se hoje é amplamente reconhecido que a normatização não é monopólio do legislador, a proteção que a segurança jurídica oferece em relação à aplicação retroativa do Direito não pode estar restrita à alteração da lei em sentido formal.” RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 228-229. De acordo com o art.59 da Constituição, o processo legislativo formal compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII – resoluções.

⁴⁷³ Regulamentos de execução são editados para a execução ou complementação da lei. São os regulamentos clássicos que, em reverência à primazia do Parlamento, cingem-se à lei. Já os regulamentos autônomos são aqueles editados sem qualquer lei prévia, mas com base em direta atribuição constitucional. Veja-se sobre o tema CYRINO, André Rodrigues. O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: *a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

⁴⁷⁴ Veja-se a respeito SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian: “(...) we have indicated some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond that of courts. Agencies are in a better position to know whether a particular result, apparently compelled by text, really is senseless. They are also in a better position to know whether a departure from text will unsettle the regulatory scheme in a damaging way.” SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, v.101, n.4, 2003, p. 47.

⁴⁷⁵ Nesse sentido SCHIRATO, Vítor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.502.

prática do ato de forma a escolher a opção que melhor concretize a Constituição em sua unidade.

Ao se ter em vista a análise consequencialista no momento da prática do ato administrativo, desde que traduzida em razões públicas e reconduzida ao ordenamento jurídico, assegura-se não só uma forma otimizada de cumprir a Constituição, como também se torna possível a abertura de um diálogo com as demais instituições políticas.

A utilização da modulação temporal de efeitos no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo terá o Poder Judiciário como destinatário do diálogo na maior parte dos casos, uma vez que, por força de expressa disposição constitucional⁴⁷⁶, todos os atos praticados no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo poderão ser revistos judicialmente.

Destaque-se inicialmente um exemplo concreto em que a não observância da lógica prospectiva pelo Legislativo ensejou respostas repressivas por parte do Judiciário. Trata-se do já citado caso envolvendo a definição de critérios a serem observados pelas Câmaras Municipais na fixação do número de vereadores.

Conforme afirmado no item precedente, o STF, ao julgar o RE n.º 197.917-8/SP, valeu-se da modulação temporal de efeitos para preservar os mandatos dos vereadores eleitos em desacordo com a cláusula de proporcionalidade, e, juntamente com o julgamento da ADI n.º 3.345/DF, possibilitou que o Poder Legislativo equacionasse a questão à luz dos padrões conceituais preestabelecidos pelo Poder Judiciário. O Legislativo, no entanto, ao fixar o número de vereadores de acordo com a cláusula da proporcionalidade com a edição da Emenda Constitucional n.º 58/2009, não se valeu da perspectiva prospectiva, estabelecendo, ao revés, a aplicação retroativa dos novos critérios ao processo eleitoral do ano anterior.

Provocado novamente em sede de ação direta e, em resposta à não adoção de uma postura prospectiva quando da edição da Emenda Constitucional n.º 58/2009, reconheceu o STF não ser possível a retroação dos efeitos da nova disciplina conferida pela aludida Emenda ao pleito eleitoral de 2008.

Postura diametralmente oposta foi tomada pelo Legislativo no caso da Reforma da Previdência, veiculada pela Emenda Constitucional n.º 41, de 19/12/2003. No caso, o Legislativo não só preservou situações jurídicas consolidadas sob a égide do quadro constitucional pretérito, como também resguardou inúmeras consequências advindas dessas situações jurídicas que não restariam logicamente subsumidas no conceito de direito adquirido.

⁴⁷⁶ Art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Foram resguardadas não só as situações já desfrutadas por servidores aposentados e pensionistas na data de promulgação da Emenda, como também alguns interesses correlatos a servidores em atividade. Mais precisamente, foi assegurado, aos servidores que ingressaram antes da data da promulgação da Emenda, o direito à paridade com os servidores ativos para o cálculo dos proventos de aposentadoria⁴⁷⁷, bem como aqueles que já haviam implementado as condições para a aposentadoria não tiveram seus direitos afetados⁴⁷⁸.

Mesmo ciente da inexistência de direito adquirido, por parte dos servidores públicos ativos, à manutenção de determinado regime jurídico, optou o Legislador por se valer da perspectiva prospectiva. Assegurou a intangibilidade de expectativas de direito, estabelecendo um regime de transição pautado pela razoabilidade⁴⁷⁹, e, com isso, evitou que inúmeras demandas judiciais fossem ajuizadas por servidores inconformados com o novo regime⁴⁸⁰.

O Tribunal de Contas da União (TCU), órgão auxiliar do Poder Legislativo, também já teve oportunidade de se valer da perspectiva prospectiva no exercício de suas competências. Os Ministros que integram a 1ª Câmara do TCU, ao apreciarem a legitimidade de um contrato de prestação de serviços de advocacia celebrado com a Rede Ferroviária Federal S.A. sem a observância de prévia licitação, valeram-se da perspectiva prospectiva a fim de convalidar o contrato até o termo final de seu prazo de vigência.

A Rede Ferroviária Federal S.A. justificou não ter observado o procedimento licitatório em razão do caso se enquadrar na hipótese de inexigibilidade, decorrente da notória especialização da sociedade contratada e da singularidade dos serviços a serem executados.

O TCU, ao apreciar o caso, muito embora tenha reconhecido que a referida contratação de serviços deveria ser precedida de licitação, uma vez que não restou configurada a singularidade do objeto que pudesse justificar a inexigibilidade, convalidou o

⁴⁷⁷ Art. 7º. Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

⁴⁷⁸ Art. 3º. É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

⁴⁷⁹ Em sentido similar BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controversos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.107.

⁴⁸⁰ Deve-se destacar aqui que inúmeras demandas judiciais foram propostas por servidores, aposentados e pensionistas questionando duas outras modificações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 41, de 19/12/2003: i) a incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadorias e pensões, e, ii) a nova disciplina conferida ao teto remuneratório. Isso sem falar nas ações diretas que igualmente foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal. Veja-se a respeito, dentre outras, a ADI n.º 31/05/DF. Relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004.

contrato amparado em razões de interesse público e de economicidade. Para o Tribunal, as circunstâncias concretas do caso – existência de exíguo prazo para o término do ajuste, associada às despesas necessárias ao distrato e à nova contratação, além dos prejuízos que resultariam para as partes envolvidas – não justificariam a anulação do ato administrativo⁴⁸¹.

Embora não tenha havido expressa alusão à modulação de efeitos temporais na fundamentação do acórdão, foi o que de fato fez o TCU ao convalidar contrato ilegal com base em argumentos consequencialistas. Reputou-se atentatória à economicidade e ao interesse público a possibilidade de gasto de tempo e dinheiro pela Administração para realizar nova licitação. Por outro lado, buscou-se proteger o princípio da tutela da confiança legítima ao resguardar os interesses do escritório de advocacia que teria agido de boa-fé⁴⁸².

Um exemplo atual de como a modulação temporal de efeitos poderia ter sido utilizada de maneira a fomentar o diálogo com o Poder Judiciário se deu com a edição, pelo Poder Executivo Federal, do Decreto n.º 7.567, de 15 de setembro de 2011, que, dentre outras medidas, majorou as alíquotas incidentes sobre as operações envolvendo veículos automotores.

Nos termos do art. 16 do referido Decreto, as majorações de alíquota inseridas na tabela de incidência do IPI, constantes dos anexos ao referido instrumento normativo, teriam vigência imediata, a elas não sendo aplicada a anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, inciso III, alínea *c*, da Constituição⁴⁸³.

A majoração da alíquota de IPI incidente sobre as operações envolvendo veículos automotores teve um objetivo manifestamente extrafiscal. Conforme manifestações públicas do Ministro da Fazenda, a medida teve como objetivo a proteção da indústria automobilística nacional, uma vez que o crescimento das importações de veículos automotores estaria supostamente reduzindo a competitividade da indústria nacional.

⁴⁸¹ Decisão n.º 314/1994, Primeira Câmara - Ata 40/94. Processo n.º TC 012.154/93-8. Relator o Ministro Iram Saraiva. Ementa: “Representação da 9ª SECEX acerca de contrato sem licitação celebrado pela RFFSA. Pedido de reexame da decisão que admitiu a vigência de contrato de serviços advocatícios apenas pelo tempo necessário à realização de certame licitatório. Alegações de notória especialização, singularidade do objeto, cerceamento de defesa, interesse público e prevalência do princípio da economicidade sobre o da isonomia entre os cidadãos. Aceitação apenas dos argumentos de economicidade e interesse público. Revisão parcial da decisão para, em caso excepcional, permitir a execução do contrato até o seu término.” Veja-se, em especial, o item 5 da decisão: “(...) as razões de interesse público e de economicidade argüidas pelos recorrentes são de fato relevantes. O curto espaço de tempo que resta para o término do ajuste, as despesas necessárias ao distrato e à nova contratação, além dos inevitáveis prejuízos que resultarão para as partes envolvidas, estão a desaconselhar a adoção de medidas com vistas à anulação do ato administrativo inquinado.”

⁴⁸² Gustavo Binenbojm, ao se referir ao precedente em questão afirma que: “(...) mais do que a mera *validação* dos efeitos já consumados de um contrato administrativo inquinado de ilegalidade (o que decorreria naturalmente da ponderação entre a legalidade e os princípios da tutela da confiança legítima e da proibição do enriquecimento sem causa do Poder Público), a Corte de Contas foi além e proclamou a juridicidade integral (inclusive *ad futurum*) do contrato.” Nesse sentido BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 201-202.

⁴⁸³ Art. 16. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Conferiu-se, na verdade, tratamento privilegiado, com alíquotas reduzidas, às empresas que atendessem aos requisitos estabelecidos no art. 2º, § 1º, inciso III, do Decreto, dentre os quais a exigência de fabricação de veículos com, no mínimo, sessenta e cinco por cento de componentes nacionais e a realização de investimentos em atividades de inovação, de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico de produto no país.

A vigência imediata do referido Decreto, contudo, atentou contra os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima na medida em que inúmeras empresas importadoras tiveram que, subitamente, arcar com alíquotas bem mais elevadas. Essas empresas adquiriram veículos e fizeram toda uma programação de venda amparadas na legítima expectativa de uma determinada alíquota, mas seriam tributadas por uma alíquota completamente distinta quando os produtos fossem desembaraçados⁴⁸⁴.

Perdeu o Poder Executivo Federal uma excelente oportunidade de modular os efeitos decorrentes do ato de elevação das alíquotas de IPI com o objetivo de temperar as consequências advindas dessa majoração sobre situações jurídicas já consolidadas. Poderia o Executivo, nesse esteio, diferir o termo inicial de vigência do Decreto, possibilitando que as pessoas alcançadas pela majoração tributária pudessem contar com um mínimo de previsibilidade e planejamento.

O contribuinte não deve ser surpreendido com a majoração de tributos. Aos contribuintes deve ser assegurado um lapso temporal razoável para adaptação, destinado a viabilizar a revisão de seus projetos econômicos e a efetivação das acomodações necessárias na gestão do seu patrimônio ante o novo cenário fiscal. Deveria o Executivo, assim, conferir um prazo razoável para a adaptação dos contribuintes atingidos, prazo esse nunca inferior à anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, inciso III, alínea *c*, da Constituição.

Caso o Executivo tivesse assim procedido, seriam observados os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, como também se evitaria a transferência de um ônus político ao Judiciário na apreciação da matéria. E de fato, como o termo inicial de vigência do Decreto não foi efetivamente diferido, a questão foi submetida ao Judiciário.

Não se furtando ao papel constitucional que lhe foi conferido, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar pedido formulado em sede de ação direta de inconstitucionalidade, deferiu medida liminar para suspender o art. 16 do Decreto 7.567/2011, que confere vigência

⁴⁸⁴ O momento de ocorrência do fato gerador do IPI é, no caso dos produtos de procedência estrangeira, o desembaraço aduaneiro.

imediate à alteração da tabela de incidência do IPI - TIPI, na qual se majoraram alíquotas sobre operações envolvendo veículos automotores⁴⁸⁵.

Registrou o Tribunal que, na redação conferida ao art. 150, § 1º, da Constituição, continuaria o IPI excepcionado da incidência do princípio da anterioridade anual, mas não da anterioridade nonagesimal de acordo com uma leitura sistemática da Constituição. O princípio da anterioridade representa garantia constitucional estabelecida em favor do contribuinte perante o Poder Público, norma voltada a preservar a segurança e a possibilitar um mínimo de previsibilidade às relações jurídico-tributárias.

Asseverou ainda o Tribunal que deveria ser assegurado o transcurso de lapso temporal razoável a fim de que o contribuinte pudesse elaborar novo planejamento e adequar-se à realidade tributária mais gravosa. Reconheceu, assim, que o art. 16 do Decreto 7.567/2011, ao prever a imediata entrada em vigor de norma que implicou no aumento da alíquota de IPI, contraria o art. 150, inciso III, alínea *c*, da Constituição.

Inúmeros outros atos – normativos ou não – praticados pelo Legislativo e pelo Executivo poderão ser igualmente temperados pela modulação temporal de efeitos a fim de que se permita a realização de um desejável diálogo institucional⁴⁸⁶. As premissas centrais da perspectiva prospectiva, como já assinalado, decorrem de uma análise indiscutivelmente gradualista, podendo ser aplicada indistintamente em todas as esferas de poder.

A fim de se assegurar o cumprimento da Constituição de uma forma otimizada e, simultaneamente, permitir a promoção do diálogo entre as instituições, a perspectiva prospectiva deve alcançar a própria prática do ato administrativo em geral, não se circunscrevendo apenas aos casos de invalidação. Como se afirmou, devem os agentes públicos buscar a análise das consequências fático-jurídicas que possam advir da prática do ato administrativo e sopesar previamente os princípios constitucionais envolvidos de forma a escolher a opção que melhor concretize a Constituição em sua unidade.

Essa análise consequencialista deve ser traduzida em razões públicas e reconduzida ao ordenamento jurídico. Os diversos argumentos extrajurídicos, colhidos a partir de uma análise multidisciplinar, devem ser utilizados apenas para reforçar os elementos normativos extraídos da Constituição. E se mostrará imprescindível sempre que o regramento decorrente da prática do ato administrativo possa acarretar algum tipo de ingerência sobre algum outro poder

⁴⁸⁵ ADI n.º 4661/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgamento da medida liminar em 20/10/11. Voto não disponível. Vide Informativo STF n.º 645.

⁴⁸⁶ Citem-se, por exemplo, as inúmeras normas existentes na Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998 (reforma do sistema de previdência social) que asseguraram as situações jurídicas constituídas antes da publicação da Emenda.

estabelecido ou desdobrar em violação a algum preceito constitucional que, submetido à ponderação, deva prevalecer no caso concreto.

4.6 Síntese das ideias desenvolvidas no capítulo

Nesse capítulo final, foram investigadas as premissas conceituais básicas do ativismo judicial, da abordagem institucional e do diálogo institucional. A ideia subjacente ao ativismo judicial está relacionada a uma participação expansiva do Poder Judiciário na concretização dos preceitos normativos, com maior interferência nos espaços de atuação tradicionalmente ocupados pelos demais poderes, enquanto a questão central para a abordagem institucional consiste no questionamento de como certas instituições devem, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar textos jurídicos.

As concepções de diálogo institucional, por sua vez, pretendem conciliar os espaços próprios dos poderes constituídos, onde a interpretação das normas, notadamente as constitucionais, não seria atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Desmitifica-se a questão pretensamente lógica do juiz como necessário detentor exclusivo da palavra final.

A modulação temporal de efeitos relaciona-se simultaneamente com o ativismo judicial, na medida em que possibilita a ampliação do campo de atuação da jurisdição constitucional e da efetividade da Constituição, e com as concepções de diálogo institucional, uma vez que permite que a definição da matéria constitucional controvertida, tendo em vista as consequências que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar ao ordenamento jurídico, seja construída não só a partir de uma interpretação ampla e exclusiva do Judiciário, mas sim a partir de uma atuação coordenada entre os poderes.

Muito embora a adoção da modulação temporal de efeitos possa estimular o reconhecimento judicial de inconstitucionalidade de atos normativos, ela não acarretará necessariamente o incremento do ativismo judicial. Trata-se, em verdade, apenas de uma ferramenta decisória que permite a gradual efetivação da Constituição. O ativismo ou a autocontenção a ela não se associam diretamente e sim ao comportamento concreto dos juízes na escolha dos efeitos resultantes do reconhecimento de inconstitucionalidade.

A mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade – independentemente do nível desse comedimento – enseja, por si só, uma deferência ao órgão responsável pela edição do ato normativo, mesmo que essa mitigação decorra exclusivamente da análise de circunstâncias fáticas não relacionadas diretamente às razões que motivaram a edição do ato. Essa deferência se revelará diretamente proporcional ao grau de

prospectividade atribuído à decisão, culminando com a atribuição de efeitos *pro futuro*, hipótese em que se permitirá um diálogo intenso com os demais poderes, possibilitando que eles efetivamente integrem o processo decisório.

A abordagem prospectiva poderá ser igualmente utilizada nos campos administrativo e legislativo a fim de se assegurar o cumprimento da Constituição de uma forma otimizada e, simultaneamente, permitir a promoção do diálogo entre as instituições, não se circunscrevendo apenas aos casos de invalidação. Não só a invalidação do ato administrativo deve se submeter ao raciocínio prospectivo, mas a própria prática do ato. Deve o agente público, tendo em vista as consequências fático-jurídicas que possam advir da prática do ato administrativo, sopesar previamente os valores subjacentes à prática do ato de forma a escolher a opção que melhor concretize a Constituição em sua unidade.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se no presente trabalho ampliar o tratamento dogmático da matéria concernente à modulação temporal dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de atos normativos. Pretendeu-se igualmente estender esse tratamento ao controle de legalidade, bem como aos demais atos – normativos ou não – praticados no âmbito dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e desenvolver uma metodologia que permita maior racionalização e legitimação no processo de concretização das normas constitucionais.

Para tanto, foram apresentadas as premissas conceituais em que se baseia o trabalho, e, analisados os pressupostos teóricos subjacentes à abordagem prospectiva, buscou-se, ao final, enunciar algumas proposições objetivas sobre o tema. Expõem-se agora, a título de síntese conclusiva, as principais ideias desenvolvidas ao longo do trabalho.

O paradigma do pós-positivismo, ao reconhecer a perda de centralidade da referência racional-iluminista de lei e o alargamento da discricionariedade na interpretação jurídica, impõe novas premissas que deverão ser observadas pelo intérprete no processo de concretização das normas jurídicas, notadamente as normas constitucionais.

Dentre tais premissas hermenêuticas, destacam-se a interdependência entre fato e norma, e a constatação de que a unidade e a racionalidade do sistema jurídico devem ser buscadas nos textos constitucionais. A unidade da Constituição como padrão hermenêutico exige que sejam tomados em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. Tais características do modelo dogmático do pós-positivismo se associam ao tema da modulação na medida em que essa técnica, ao dar relevo simultaneamente à realidade social do tempo em que serão aplicadas as normas jurídicas e ao ordenamento jurídico em sua integralidade, permite ampliar a capacidade decisória dos operadores do direito e, com isso, fazer frente às demandas de controle de constitucionalidade em situações fático-normativas crescentemente complexas.

A adoção do princípio da juridicidade, em substituição ao princípio da legalidade estrita, traz, por seu turno, uma nova perspectiva de análise da validade dos atos normativos e dos atos jurídicos em geral. O paradigma de aferição da validade dos atos jurídicos e dos eventuais efeitos deles decorrentes deixa de ser a lei formal, isoladamente considerada, ou mesmo um dispositivo constitucional isoladamente considerado, adotando-se, em contrapartida o Direito em sua unidade, formado pelas diversas normas que integram a

totalidade do ordenamento jurídico (Constituição em seu conjunto, leis, regulamentos gerais, regulamentos específicos).

A modulação temporal de efeitos apresenta-se nesse cenário como instrumento de temperança, permitindo que haja a provisória convalidação de um determinado ato que, em princípio, seria reconhecido como inválido se confrontado de forma unidirecional com um único dispositivo normativo. A consideração do Direito em sua integralidade, no entanto, impõe, em determinadas circunstâncias fáticas, que se convalide temporariamente o ato inicialmente inquinado como inválido tendo em vista os efeitos por ele produzidos.

O intérprete também deve ter em mente a relevante contribuição que a análise de consequências pode trazer para o debate jurídico. O compromisso com as consequências de possíveis alternativas decisórias, e a vinculação a princípios que devem ao máximo ser realizados em casos concretos, apresentam-se como as mais importantes contribuições do pragmatismo filosófico e do pragmatismo jurídico - esse último especialmente desenvolvido no campo do direito econômico - para orientar a atuação da Administração e do Judiciário.

Para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, no entanto, os argumentos devem ser traduzidos em termos de razões públicas. A análise consequencialista, em particular, desde que traduzida em razões públicas e reconduzida ao ordenamento jurídico, se apresenta como instrumento vocacionado a dar maior concretude e plena efetividade à Constituição. A modulação, por seu turno, é impulsionada em grande medida por um raciocínio consequencialista, uma vez que nela também se revela presente o compromisso com as consequências de possíveis alternativas decisórias e a vinculação a princípios que devem ao máximo ser realizados em casos concretos.

Estabelecidas as premissas hermenêuticas que estão intimamente relacionadas com a perspectiva prospectiva, foram analisados os distintos sistemas de controle de constitucionalidade. Atribuem eles sanções diferenciadas à invalidação de atos jurídicos contrários à constituição: nulidade no modelo norte-americano e anulabilidade no modelo austríaco. No entanto, exigências práticas levaram à atenuação do rigor teórico da retroatividade no âmbito do sistema norte-americano e da não retroatividade nos ordenamentos jurídicos que adotam o paradigma austríaco.

Evidenciou-se que há uma tendência moderna de se admitir a operatividade prospectiva das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de um ato normativo, com a evolução da retroatividade absoluta para a retroatividade mitigada. Objetiva-se, com isso, resguardar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé e situações de todo consolidadas e constituídas previamente à declaração de inconstitucionalidade.

No Brasil, a despeito de a doutrina tradicional atribuir a cominação de nulidade e não de mera anulabilidade ao ato normativo incompatível com a Constituição, dando-se à decisão que pronuncia a inconstitucionalidade caráter declaratório, com efeitos *ex tunc*, o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da edição da Lei n.º 9.868/99, pronunciou-se a favor da mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, revelando-se permeável à adoção da operância prospectiva com o objetivo de resguardar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé e situações de todo consolidadas e constituídas previamente à declaração de inconstitucionalidade.

A condição de dogma atribuída à tese da nulidade apresenta-se equivocada. Inconstitucionalidade e nulidade não são conceitos idênticos. A nulidade não se apresenta como a consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade. Assim como na doutrina civilística a ilicitude de um ato pode conduzir à nulidade ou anulabilidade, e, na doutrina administrativa, a ilegalidade pode ser suscetível de ter como reação desfavorável a nulidade ou anulabilidade, também a inconstitucionalidade é susceptível de várias sanções, diversamente configuradas pelo ordenamento jurídico.

Os modelos norte-americano e austríaco, em suas concepções originais, não apresentam respostas satisfatórias para todos os problemas advindos da incidência concreta de preceitos constitucionais a situações da realidade fática. A aproximação entre os modelos de controle por via incidental e por via principal, por seu turno, tende a aproximar a disciplina dos efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de um ato normativo da teoria da anulabilidade, admitindo-se a atribuição de efeitos não retroativos à decisão.

Isso não significa que se deixe de observar a nulidade como regra de observância geral, superável apenas quando o rigor da nulidade produzir resultados colidentes com outros valores constitucionais, acarretando situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional.

Embora formalmente disciplinada na Lei n.º 9.868/99, a modulação temporal de efeitos não se circunscreve apenas às hipóteses nela previstas, aplicando-se indistintamente a qualquer outra situação em que a eliminação de um ato normativo poderia produzir situações de maior ou igual gravidade sob o ponto de vista constitucional, impondo-se em todo caso um necessário sopesamento entre os princípios colidentes.

A ponderação há de ser feita entre os princípios constitucionais violados pela norma que se pretende declarar inconstitucional e os princípios que tutelam as relações jurídicas que se formaram durante a sua vigência. Trata-se, mais precisamente, de uma ponderação de segunda ordem, uma vez que tem lugar apenas na etapa final do processo de tomada de

decisão. A modulação de efeitos temporais também se aplica ao controle de legalidade, sendo idênticas as razões subjacentes à modulação na resolução de conflitos normativos no âmbito dos controles de legalidade e de constitucionalidade.

Terá a modulação um vasto campo de atuação em prol da segurança jurídica, buscando assegurar as legítimas expectativas dos cidadãos que foram geradas com a edição de atos normativos posteriormente declarados inconstitucionais. No entanto, como qualquer princípio constitucional, a segurança jurídica não é um valor absoluto, devendo ser sopesado com os demais princípios constitucionais à luz das circunstâncias próprias de cada caso.

O conceito de relevante interesse social/público, por sua vez, não deve ser utilizado como requisito autônomo para a modulação, havendo a necessidade de identificação dos princípios constitucionais concorrentes que, por sua vez, deverão ser sopesados à luz das circunstâncias peculiares do caso concreto. Essa é a única compreensão que permite o respeito à normatividade da Constituição, evitando-se a invocação de meros interesses públicos gerais ou coletivos em detrimento de uma análise estrita de constitucionalidade.

Ao lado dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, a dimensão do tempo e o grau de irreversibilidade das circunstâncias fáticas se apresentam como critérios complementares para o processo de tomada de decisão.

Na esfera judicial, a limitação de efeitos retroativos da decisão judicial terá lugar nos controle incidental e por via principal. Será igualmente aplicável nas situações que envolvam a interpretação ordinária do direito. Embora a retroatividade figure como regra geral no controle de constitucionalidade brasileiro, deve ser conferida uma maior flexibilidade à aplicação dessa regra em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, uma vez que os efeitos advindos desse tipo de controle atingem o ato normativo abstratamente considerado.

A modulação, por outro lado, não consiste em atividade puramente discricionária. A delimitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deverá ocorrer sempre que, após um severo juízo de ponderação, constatar-se que a não aplicação da norma julgada inconstitucional conduz a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles que advêm da sua aplicação.

Procurou-se demonstrar, ainda, que os pressupostos para a modulação encontram-se presentes também nos Poderes Executivo e Legislativo. No âmbito administrativo, inúmeras são as situações que ensejam a modulação temporal de efeitos, recebendo o princípio da proteção da confiança legítima especial atenção nessa seara. Da mesma forma, a segurança jurídica e a proteção da confiança devem integrar a base da política legislativa onde a irretroatividade de efeitos decorre da própria sistemática de edição dos atos normativos.

No capítulo final, foram investigadas as premissas conceituais básicas do ativismo judicial, da abordagem institucional e do diálogo institucional. A ideia subjacente ao ativismo judicial está relacionada a uma nova conformação da separação de poderes e da própria política, onde o Poder Judiciário passa a também ocupar um papel de protagonista na concretização dos preceitos constitucionais, com maior interferência nos espaços de atuação tradicionalmente ocupados pelos demais poderes, enquanto a questão central para a abordagem institucional consiste no questionamento de como certas instituições devem, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar textos jurídicos.

As concepções de diálogo institucional, por sua vez, pretendem conciliar os espaços próprios dos poderes constituídos, onde a interpretação das normas, notadamente as constitucionais, não seria atribuição exclusiva do Poder Judiciário. A decisão judicial é vista como uma oportunidade para que os demais poderes – notadamente o Legislativo – avaliem os pressupostos fático-normativos subjacentes ao caso e, assim, possam eventualmente deliberar sobre formas de aprimoramento da respectiva disciplina normativa.

A modulação temporal de efeitos relaciona-se simultaneamente com o ativismo judicial, na medida em que possibilita a ampliação do campo de atuação da jurisdição constitucional e da efetividade da Constituição, e com as concepções de diálogo institucional, uma vez que permite que a definição da matéria constitucional controvertida, tendo em vista as consequências que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar ao ordenamento jurídico, seja construída não só a partir de uma interpretação ampla e exclusiva do Judiciário, mas sim a partir de uma atuação coordenada entre os poderes.

A modulação apresenta-se como uma ferramenta valiosa de diálogo institucional, permitindo a conciliação dos espaços próprios dos poderes constituídos, sem pecar por uma postura maniqueísta. Sem atentar contra o quadro normativo constitucional, pode permitir a modulação o fomento do diálogo entre as instituições ao atribuir ao Judiciário um papel não necessariamente amplo sobre a questão constitucional colocada em discussão.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, estimulará a modulação, de igual forma, a deliberação interna com o objetivo de que sejam afastados obstáculos políticos que, a princípio, militariam contrariamente a um provimento judicial efetivo. Apresenta igualmente a virtude de que sejam buscadas decisões que revelem um maior ônus argumentativo, haja vista a necessidade de que se observe o assentimento de pelo menos 8 (oito) Ministros para a sua aprovação.

Ao deixar um espaço próprio para a correção do vício de inconstitucionalidade por parte dos demais poderes estabelecidos, gera a perspectiva prospectiva uma pressão pela ação

legislativa que se mostra mais efetiva do que uma determinação judicial inflexível. Essa atuação corretiva, contudo, não será incondicional, pois dependerá da observância de padrões conceituais preestabelecidos pelo Poder Judiciário dentro de um marco temporal igualmente prefixado. Além disso, não implicará automaticamente na resolução final da controvérsia constitucional na esfera legislativa, podendo haver, eventualmente, o posterior controle judicial da solução dada pelo Poder Legislativo, estabelecendo-se mais uma etapa do diálogo institucional.

Muito embora a adoção da modulação temporal de efeitos possa estimular o reconhecimento judicial de inconstitucionalidade de atos normativos, ela não acarretará necessariamente o incremento do ativismo judicial. Trata-se, em verdade, apenas de uma ferramenta decisória que permite a gradual efetivação da Constituição. O ativismo ou a autocontenção a ela não se associam diretamente e sim ao comportamento concreto dos juízes na escolha dos efeitos resultantes do reconhecimento de inconstitucionalidade⁴⁸⁷.

A mitigação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade – independentemente do nível desse comedimento – enseja, por si só, uma deferência ao órgão responsável pela edição do ato normativo, mesmo que essa mitigação decorra exclusivamente da análise de circunstâncias fáticas não relacionadas diretamente às razões que motivaram a edição do ato. Essa deferência se revelará diretamente proporcional ao grau de prospectividade atribuído à decisão, culminando com a atribuição de efeitos *pro futuro*, hipótese em que se permitirá um diálogo intenso com os demais poderes, possibilitando que eles efetivamente integrem o processo decisório

A abordagem prospectiva poderá ser igualmente utilizada nos campos administrativo e legislativo. Com o fim de se assegurar uma forma otimizada de cumprir a Constituição e, simultaneamente, promover um diálogo entre instituições, a perspectiva prospectiva deve alcançar a própria prática do ato administrativo, não se circunscrevendo aos casos de invalidação. No campo normativo, mesmo no espaço de atuação discricionária do legislador, deverá o intérprete se pautar por uma postura de prudência em hipóteses cujo regramento normativo possa acarretar algum tipo de ingerência sobre algum outro poder estabelecido ou desdobrar em violação a algum preceito constitucional que, submetido à ponderação, deva prevalecer no caso concreto.

⁴⁸⁷ Afirma nesse ponto Rodrigo Brandão que: “Embora a concessão dessa notável prerrogativa ao Judiciário consista, a princípio, em fator favorável à judicialização, a forma segunda a qual o seu órgão de cúpula a exercerá parece ser o fator decisivo para a efetiva categorização da modulação como um elemento de ativismo ou de autorrestrrição judicial.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.82.

Enfim, a modulação temporal de efeitos funciona como ponte entre as teorias empíricas e normativas. Vale-se de abordagens consequencialistas e institucionais sem se descuidar da preocupação normativa e dogmática. Permite concomitantemente o debate mais intenso e o diálogo entre os poderes, tudo com o objetivo de se assegurar a concretização dos preceitos constitucionais de uma forma mais harmônica e sistemática.

Essa parece ser a adequada compreensão da matéria para adotarmos a Constituição como *projeto em permanente reconstrução*⁴⁸⁸, notadamente em uma sociedade pluralista onde o dissenso, mais do que possível, é necessário. Como atesta Norberto Bobbio, *a liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista; uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder; uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil; e, finalmente, a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização e 20 anos de Constituição: reflexão sobre a exigência de concurso público (entre a isonomia e segurança jurídica). In: NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

⁴⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p.76.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Validade e invalidade do ato administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 8, 2007, 17 p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-CARLOS%20CINTRA.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2012.
- AMUCHÁSTEGUI, Jesús González. El Análisis Económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 15-16, p. 929-943, 1994.
- 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.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM Gustavo Binenbojm (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Poderes Neutrais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- 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 n.º 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 5, 2001. 33 p. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2012.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 17-54, jul. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. [S.l.: s.n., 19-]. 18 p. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 1 jun. 2012.

_____. *A Reforma Política: Uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. [S.l.: s.n., 20-]. 105 p. Disponível em: <institutoideias.org.br>. Acesso em: 1 jun. 2012.

_____. *Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios*. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n.23, p. 2-39, 2010. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>>. Acesso em: 1. jun. 2012.

_____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria Tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 261-288, abr. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

_____. *Modernidade e Ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2th ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM Gustavo Binenbojm (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). São Paulo: Estudos Avançados, 2004. 24p. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>>. Acesso em: 1.jun.2012.

BOTELHO, Nadjia Machado Botelho. *Mutação constitucional*. 2010. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. Washington, DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004.

CAETANO, Marcello. *Manual da Ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.ºs 19 e 20, p.135-182, jan. 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. *Vinte anos da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n.ºs 9.869 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Parecer. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 19, p.288-289, 1997.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro n.ºs 19 e 20, p.135-182, jan. 2010.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. University of Texas Law, Law and Econ Research Paper n. 93. 29 p. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=939768>>. Acesso em: 1. jun. 2012.

CYRINO, André Rodrigues. O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: *a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Comentário ao art. 146 do CTN. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: _____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Suprema do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitutional*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

_____. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p.191-226, 1980.

ENTERRÍA, Eduardo García. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Derecho Público*, n. 92, p. 5-16, 1989.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GABBA, C.F.. *Teoria della retroattività delle leggi*. Pisa: Nistri, 1868.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, p.3-22, out.2006.

GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n.17-18, p.271-302, 1995.

HÄBERLE, Peter. A Jurisdição constitucional na sociedade aberta. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

HOGG, Peter W.; Bushell, Allison A. The Charter between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v.35, n.1, p.75-124, 1997.

HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. University of Toronto Law School: Typographical Society, 1881.

JAMES, Willian. *Pragmatismo*. Tradução de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: _____. *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. A jurisdição constitucional. In: _____. *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

_____. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Tradução de Luis Díez Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A jurisdição constitucional no Estado de direito legalitário e no Estado constitucional. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George

Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.57, p.72-87, jun.2000.

MAFFINI, Rafael. Modulação temporal *in futurum* dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.14, p.191-208, abr..2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei – “Unvereinbarkeitserklärung” – na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 118, p.61-84, 1993.

_____. O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; FORSTER JÚNIOR, Nestor José. *Manual de redação da Presidência da República*. 2.ed. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em: 1.jun.2012.

MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. Interesse Público. *Revista Bimestral de Direito Público*, Porto Alegre, n.18, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. O direito do contencioso constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Notas sobre a Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.181, p.40-56, 2010.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PELAYO, Manuel García. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Controles concentrado e difuso no direito constitucional: a eficácia temporal das decisões. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 246, p.209-225, set/dez 2007.

PETTIT, Philip. *Consequentialism*. The International research library of philosophy, 1993.

PIZZORUSSO, Alessandro. El Tribunal Constitucional Italiano. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Tradução de Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

_____. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2.ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da Justiça*. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos – Estudos*. Coimbra: Almedina, 2007.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. Tradução de Ignácio Torres Muro. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.48.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei n.º 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: Recueil Sirey, 1929.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. In: _____ (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização e 20 anos de Constituição: reflexão sobre a exigência de concurso público (entre a isonomia e segurança jurídica). In: NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Dirección). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Tradução de Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SEGADO, Francisco Fernández. Estudio Preliminar. In: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

SEGALL, Eric J. Reconceptualizing the Judicial Activism Debate as Judicial Responsibility: a Tale of two Justice Kennedys. Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper, n.19, 2009. 67p. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1478669>>. Acesso em: 1.jun.2012.

SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v.26, n.3, 2003.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 4. ed. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n.250, p. 197-227, 2009.

SOUZA, Silvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano: direito e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. Malheiros. São Paulo: 2012.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v.101, n.4, 2003.

SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. Public Law and Theory Working Paper, n. 1. Ethics, 2000. 37p. Disponível em <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193848>. Acesso em: 1.jun.2012.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p.37-53, abr/jun 2006.

TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1988.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

_____. Formas alternativas de controle judicial. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, n.115 (6), 2006.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Tradução de António F. de Souza Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *La Giustizia Costituzionale*. Il Mulino, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.