

**FACULDADES INTEGRADAS DE VITÓRIA (FDV)  
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

**JOÃO CLAUDIO GONÇALVES LEAL**

**OS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE ABSTRATO DE  
CONSTITUCIONALIDADE E A VIOLAÇÃO A DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA  
2005

JOÃO CLAUDIO GONÇALVES LEAL

**OS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE ABSTRATO DE  
CONSTITUCIONALIDADE E A VIOLAÇÃO A DIREITOS  
FUNDAMENTAIS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais das Faculdades de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em direito.  
Orientador: Professora Doutora Cristiane Mendonça.

Vitória  
2005

JOÃO CLAUDIO GONÇALVES LEAL

**OS EFEITOS TEMPORAIS NO CONTROLE ABSTRATO DE  
CONSTITUCIONALIDADE E A VIOLAÇÃO A DIREITOS  
FUNDAMENTAIS.**

BANCA EXAMINADORA:

\_\_\_\_\_  
Professora Doutora Cristiane Mendonça  
Orientadora

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor

Vitória, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2005.

## RESUMO

A pesquisa diz respeito aos possíveis efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade de norma por violação a direitos fundamentais. O estudo visa à análise da aplicabilidade dos artigos 27 da Lei nº 9.868/99 e 11 da Lei nº 9.882/99, que trazem a possibilidade de não adoção do efeito *ex tunc*, tradição no direito brasileiro. O problema foi analisado sob a perspectiva dogmática, sendo utilizado o método analítico-descritivo e os postulados da teoria pura do direito como referencial teórico. Foram analisados conceitos de teoria geral do direito, conceitos próprios de direito constitucional e os mecanismos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, relacionando-o com aqueles existentes nos EUA e na Áustria. A partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro, concluiu-se que não obstante a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ser a predominante na prática dos tribunais brasileiros, é possível, e em certos casos necessário, limitar o efeito temporal no controle abstrato de constitucionalidade, inclusive quando estiver em questão a violação a direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The research is about the temporary effects on judicial review, when constitutional rights are not respected. The study aims at analyzing article 27 of Federal Statute n° 9.868/99 and article 11 of Federal Statute n° 9.882/99, which establishes other temporary effects besides *ex tunc* effect, the tradition in Brazil. The problem was analyzed by a dogmatic view, using analytical method and the pure theory of law as a theoretical reference. Concepts of general theory, constitutional law and the judicial review in Brazil were analyzed and related to North-American and Austrian models of judicial review. After the analysis of the Brazilian law, the study concluded that the *ex tunc* effect predominates in the Brazilian judicial review. However, non retroactive decisions, including when constitutional rights are not respected, are possible and sometimes necessary.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	3
<b>ABSTRACT</b> .....	4
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 A PESQUISA CIENTÍFICA</b> .....	10
1.1 O MÉTODO CIENTÍFICO E A LINGUAGEM DA CIÊNCIA .....	10
1.2 O MÉTODO E O REFERENCIAL TEÓRICO .....	13
1.3 A INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E O DIREITO .....	14
<b>1.3.1 O positivismo jurídico</b> .....	14
<b>1.3.2 Conceitos preliminares</b> .....	17
1.3.2.1 A importância da prévia definição dos conceitos .....	17
1.3.2.2 Direito .....	18
1.3.2.3 Norma jurídica .....	20
1.3.2.4 Norma jurídica, enunciado normativo e documento normativo .....	23
1.3.2.5 Normas abstratas e concretas; gerais e individuais .....	25
1.3.2.6 Validade .....	28
1.3.2.7 Hierarquia entre normas .....	30
1.3.2.8 Eficácia técnica .....	32
1.3.2.9 Vigor .....	33
1.4 O OBJETO .....	35
<b>2 CONSTITUIÇÃO</b> .....	37
2.1 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO .....	37
2.2 CONSTITUIÇÃO E ORDEM JURÍDICA .....	40
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	42
<b>2.3.1 Constituição e direitos fundamentais</b> .....	42
<b>2.3.2 Conceito de direitos fundamentais</b> .....	44
<b>2.3.3 Classificação dos direitos fundamentais</b> .....	49
<b>2.3.4 “Colisão” de direitos fundamentais</b> .....	53
2.3.4.1 Problemas da interpretação dos enunciados de direito fundamental .....	53
2.3.4.2 Colisão de significações e não de direitos fundamentais .....	56
2.3.4.3 Ponderação e proporcionalidade .....	58
2.4 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO .....	63

<b>2.4.1 A norma inconstitucional</b> .....	63
<b>2.4.2 Classificações da inconstitucionalidade das normas</b> .....	65
2.4.2.1 Inconstitucionalidade direta e indireta .....	65
2.4.2.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão .....	66
2.4.2.3 Inconstitucionalidade formal e material .....	69
2.4.2.4 Inconstitucionalidade parcial e total .....	72
2.4.2.5 Inconstitucionalidade originária e superveniente .....	75
<b>2.4.3 Nulidade ou anulabilidade da norma inconstitucional</b> .....	78
<b>2.4.4 A garantia da supremacia constitucional</b> .....	85
2.4.4.1 Generalidades .....	85
2.4.4.2 Responsabilização do agente credenciado .....	86
2.4.4.3 O controle de constitucionalidade .....	87
2.4.4.4 Controle político e judicial .....	91
<b>3 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E SEUS EFEITOS</b> .....	93
3.1 MODELOS DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E O MODELO BRASILEIRO .....	93
3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CRFB/88 .....	97
<b>3.2.1 O controle concreto</b> .....	97
<b>3.2.2 O controle abstrato</b> .....	99
3.2.2.1 Generalidades .....	99
3.2.2.2 A ação direta de inconstitucionalidade .....	100
3.2.2.3 A ação declaratória de constitucionalidade .....	102
3.2.2.4 A arguição de descumprimento de preceito fundamental .....	105
3.3 O CONTROLE ABSTRATO E A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES NOS CASOS DE INCONSTITUCIONALIDADE .....	111
<b>3.3.1 O caráter dúplice ou ambivalente das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade</b> .....	111
<b>3.3.2 “Declaração” de constitucionalidade ou inconstitucionalidade</b> .....	113
<b>3.3.3 Efeitos da declaração de constitucionalidade</b> .....	117
<b>3.3.4 Efeitos da inconstitucionalidade por omissão</b> .....	119
<b>3.3.5 Declaração de inconstitucionalidade e invalidação</b> .....	120
<b>3.3.6 O efeito vinculante e o efeito <i>erga omnes</i></b> .....	121
<b>3.3.7 O efeito temporal</b> .....	124

3.3.7.1 Efeito prospectivo e retroativo .....	124
3.3.7.2 Efeito temporal na tradição constitucional norte-americana .....	126
3.3.7.3 Efeito temporal na Áustria .....	128
3.3.7.4 A tradição brasileira .....	130
<b>3.3.8 Conseqüências jurídicas da eficácia temporal <i>ex tunc</i> e <i>ex nunc</i> no controle abstrato .....</b>	<b>136</b>
<b>4 VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEGURANÇA JURÍDICA, INTERESSE SOCIAL E EFEITO TEMPORAL NO CONTROLE ABSTRATO .....</b>	<b>139</b>
4.1 A EFICÁCIA TEMPORAL NA LEI 9.868/99 E NA LEI 9.882/99 .....	139
<b>4.1.1 O caráter excepcional do artigo 27 da Lei 9.868/99 e do artigo 11 da Lei 9.882/99 .....</b>	<b>139</b>
<b>4.1.2 Os possíveis efeitos temporais previstos na Lei 9.868/99 e na Lei 9.882/99 .....</b>	<b>144</b>
4.2 APLICAÇÃO DO ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99 E DO ARTIGO 11 DA LEI 9.882/99 .....	148
<b>4.2.1 Segurança jurídica .....</b>	<b>148</b>
<b>4.2.2 Excepcional interesse social .....</b>	<b>156</b>
4.3 EFICÁCIA TEMPORAL LIMITADA E A VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	160
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>166</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>168</b>



## INTRODUÇÃO

Visto como forma de garantir uma posição de prevalência da constituição, o controle de constitucionalidade vem sendo considerado como um dos temas de maior importância pela ciência do direito constitucional.

No Brasil, o controle de constitucionalidade não se manifesta por uma única forma. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê inúmeros mecanismos tendentes a assegurar a observância a seus mandamentos, estabelecendo as formas para que seja afastada aquela medida que lhe seja contrária. Os órgãos executivo, legislativo e judiciário são credenciados a atuar no sentido de repudiar atos que sejam contrários às normas constitucionais.

Especificamente em relação ao judiciário, a CRFB/88 prevê duas formas bem distintas de controle de constitucionalidade: o controle concreto e o controle abstrato. O controle concreto ocorre quando do julgamento de uma demanda judicial, de forma incidental. O controle abstrato, por outro lado, é exercido ao final de um processo instaurado exclusivamente com a finalidade de afirmar a compatibilidade da norma com a constituição, nele não se discutindo relações jurídicas determinadas. No controle abstrato, a impugnação à norma constitucional é questão principal.

O controle abstrato exercido pelo judiciário pode ser provocado, no Brasil, pela ação direta de inconstitucionalidade, pela ação declaratória de constitucionalidade e pela argüição de descumprimento de preceito fundamental, todas previstas na CRFB/88. As duas primeiras foram reguladas pela Lei nº 9.868/99, enquanto a segunda pela Lei nº 9.882/99. Essas leis trouxeram disposições que despertaram a atenção da ciência do direito constitucional, inclusive no que diz respeito a sua compatibilidade com a CRFB/88.

Um dos pontos que vem merecendo atenção, previsto, nos dois documentos normativos, diz respeito ao efeito da declaração de inconstitucionalidade no tempo. Apesar da tradição, vista quase como dogma, da retroatividade da declaração de

inconstitucionalidade, a Lei nº 9.868/99 e a Lei nº 9.882/99 permitem limitação de seu efeito temporal. É exatamente esse o ponto a ser investigado na presente pesquisa. Em especial, pretende-se o exame dos efeitos temporais nas declarações de inconstitucionalidade quando se tratar de ofensa a uma das normas de direitos fundamentais previstas na CRFB/88 e a possível aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e artigo 11 da Lei nº 9.882/99. Para a resposta a essa indagação, algumas etapas prévias foram cumpridas.

O primeiro capítulo é voltado à delimitação do objeto da pesquisa, assim como a apresentação das premissas a serem adotadas ao longo de toda a investigação. As definições do problema e do método de investigação expõem os limites da pesquisa, assim como a apresentação dos conceitos preliminares revela o jogo de linguagem praticado.

Os conceitos de constituição, direitos fundamentais e inconstitucionalidade, considerados fundamentais para a resolução do problema proposto, são apresentados no segundo capítulo. Na parte final desse capítulo, são apresentadas as duas formas fundamentais de garantia da supremacia constitucional.

No terceiro capítulo, pretende-se o estudo do controle judicial de constitucionalidade brasileiro. Em especial, são examinados o controle de constitucionalidade abstrato e seus efeitos, relacionando-os com o controle concreto e com outras formas de controle de constitucionalidade previstas nos EUA e na Áustria.

O quarto capítulo trata das previsões contidas na Lei nº 9.868/99 e na Lei nº 9.882/99 a respeito do efeito temporal no controle abstrato e sua aplicabilidade no que tange à violação a direitos fundamentais para, enfim, serem apresentadas as conclusões da pesquisa.

# 1 A PESQUISA CIENTÍFICA

Para Ferraz Jr. (1980, p. 10) “a ciência é constituída de um conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá”. O conhecimento científico não é a única forma de conhecimento, mas é aquele que – ainda que sem o privilégio de outrora (MORIN, 2002, p. 16) – se caracteriza por um alto compromisso com a elaboração de proposições verdadeiras.

Como advertem Lakatos e Marconi (2003, p. 76), a diferença entre o conhecimento científico e as demais formas de conhecimento está na forma de observação. Isto significa que o conhecimento científico implica a adoção de um método, sobre o qual falaremos a seguir.

## 1.1 O MÉTODO CIENTÍFICO E A LINGUAGEM DA CIÊNCIA

Ao se pretender fazer uma investigação que se propõe assumir a condição de científica, exige-se, necessariamente, uma postura que implica a adoção de uma série de medidas, técnicas e práticas inerentes ao chamado método científico. O método científico, visto como o percurso que vai da identificação e delimitação do problema até a verificação das hipóteses, é que, conforme Laville & Dionne (1999, p. 47), irá conferir ao resultado da pesquisa sua credibilidade, assim como permitirá aos demais membros da comunidade a verificação e o julgamento das proposições lançadas na conclusão da pesquisa.

As exigências quanto a um método fazem sentido na medida em que a ciência se destina, em última instância, a gerar e a transmitir conhecimento. Pouco importa se a pesquisa assume um tom crítico ou contemplativo, com pretensão reformadora ou meramente descritiva. Algo é certo: a pesquisa científica tem finalidade cognitiva. E, sendo assim, o discurso científico deve prezar por uma precisão, uma objetividade e um compromisso que vão além do discurso comum.

Enquanto forma de certificação da pesquisa, o método científico é atendido, de forma geral, com a prévia delimitação do objeto da pesquisa e do problema a ser investigado; a definição do método (aqui em sentido diferente daquele adotado na expressão método científico) utilizado na pesquisa, ou seja, a “lente” que se põe diante do cientista na investigação do problema; e o estabelecimento das hipóteses que guiarão o curso da investigação e dos procedimentos utilizados para confirmá-las ou infirmá-las.

A preocupação da ciência, entretanto, vai além da utilização do método científico. Se o discurso científico combina com uma busca por uma univocidade das proposições que o compõem, é necessária uma preocupação do cientista ainda maior, em especial, com a linguagem utilizada (KÖCHE, 1997, p. 33). O liame entre a ciência e o rigor na utilização da linguagem é bem destacado, dentre outros, por Vernengo (1995, p. 37). A ciência deve se valer de recursos expressivos para se referir com o máximo de precisão e de economia a propriedade e relações, que em muitos casos são de difícil definição em linguagem ordinária (ibid., p. 39). Portanto, não apenas o problema, o método, as hipóteses e os procedimentos de pesquisa devem estar claramente expostos na pesquisa. Deve haver, ainda, a preocupação com a definição e a exposição dos fatores e das regras que influenciam a compreensão das proposições científicas.

O contexto no qual se insere a investigação científica é o primeiro dado relevante tanto para sua elaboração como para sua compreensão. O pano de fundo da pesquisa científica pode ser entendido pelo conceito extraído da filosofia de Wittgenstein de “quadro de referência”, explicado por Glock (1998, p. 307-311) como constituído pelos fatos da natureza (biológicos, históricos, sociais) que condicionam os limites do uso da linguagem. Regras gramaticais sobre a contagem perderiam sentido ou seriam inutilizáveis, por exemplo, se os objetos desaparecessem ou surgissem no mundo a toda hora (GLOCK, 1998, p. 308). Trazendo o conceito para perto do objeto da pesquisa, falar sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade de leis ou sobre direitos fundamentais pode fazer sentido aqui, hoje, mas provavelmente não em épocas de Estados de regimes absolutistas.

O quadro de referência, portanto, torna possível ou impossível, a adoção de certas regras quanto ao significado das palavras. Mas que fique claro que o condicionamento dado pelo quadro de referência ao uso da linguagem não implica a adoção de um “naturalismo”, isto é, que o nome de um objeto seja dele extraído naturalmente. Pelo contrário. Ainda seguindo a linha do antigo professor de filosofia do *Trinity College*, mesmo afirmando que fatos naturais podem influenciar o uso da linguagem, nega-se que uma palavra traz em si mesma um significado. O significado de uma palavra ou de um signo é definido por outras palavras e, o que é importante, de forma arbitrária.

As regras quanto à determinação dos conceitos das palavras portanto, não compõem o quadro de referência, mas são construídas levando este em consideração. Tais regras compõem o que Wittgenstein denominou de jogo de linguagem. Dizem respeito à forma em que as palavras poderão assumir esse ou aquele conceito, isto é, de que forma deverão ser as palavras compreendidas. Veja-se a lição de Wittgenstein (2000, p. 31):

61. (...) Um significado de uma palavra é um gênero de utilização desta. Porque é aquilo que aprendemos quando a palavra é incorporada na nossa linguagem.

62. É por isso que existe correspondência entre os conceitos “regra” e “significado”.

63. Se imaginamos os factos diferentemente do que são, certos jogos e linguagem perdem alguma importância, enquanto outros se tornam importantes. E, desse modo, há uma alteração – gradual - no uso do vocabulário de uma língua.

(...)

65. Quando os jogos de linguagem mudam, há uma modificação nos conceitos e, com as mudanças nos conceitos, os significados das palavras mudam também.

Na medida em que o conhecimento científico se encontra disponível sob a forma de enunciados, a determinação e a identificação do jogo de linguagem praticado pelo pesquisador são essenciais para sua compreensão. Não se pode perder de vista que as proposições da ciência devem primar pela sua precisão, exatamente em função de sua finalidade.

A importância na definição do jogo de linguagem toma maior vulto quando deparamos com a diversidade das formas de representação. A forma de representação é para Wittgenstein (1995, p. 261) a maneira como vemos e enunciamos as coisas. Isto é, a forma de representação diz respeito à forma com que determinada comunidade usa as palavras, o que guarda relação com o conceito de jogo de linguagem.

Se hoje se fala de um contexto plural, em que se admite diversas teorias ou variados métodos de investigação, podemos falar que um quadro de referências permite diferentes formas de representação, isto é, distintas formas de se ver e enunciar o mundo. É o que confirma Glock (1998, p. 168), para quem a idéia de forma de representação de Wittgenstein é próxima à idéia de Hertz de que diferentes teorias científicas são guiadas por diferentes “formas de descrever o mundo”. É certo que Wittgenstein levava a idéia para além dos limites da ciência, até a filosofia. Interessa-nos, no entanto, afirmar que a forma de representação se revela na postura do pesquisador na elaboração dos enunciados a partir da análise da realidade.

## 1.2 O MÉTODO E O REFERENCIAL TEÓRICO

Como se afirmou, somente definir o objeto não satisfaz as exigências de determinação dos limites da pesquisa. Isto porque um mesmo objeto pode ser abordado por meio de diversas formas, analisado por variadas técnicas, visto por diferentes ângulos. A adoção de um método ou de um referencial teórico (ou forma de representação) para investigação do problema não significa que se está a excluir a possibilidade de que este possa ser examinado por outras formas, nem muito menos que se está afirmar que uma teoria é melhor que outra. Pelo contrário, considerando a multiplicidade de formas de se fazer ciência, uma rigorosa exposição e delimitação dos caminhos a serem percorridos é exigência para que sejam evitadas perplexidades ou incompreensões, abrindo espaço para que o diálogo científico se amplie.

A forma de abordagem eleita é a dogmática, valendo-se do método analítico-descritivo. A referência teórica fundamental se encontra nos postulados da teoria pura do direito, seus conceitos e sua proposta científica. Mesmo criticada, a teoria kelseniana se presta ainda a servir de base dos estudos em torno da questão da supremacia constitucional e dos fundamentos do controle da constitucionalidade, dentro dos quais se insere o objeto da pesquisa.

## 1.3 A INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E O DIREITO

### 1.3.1 O positivismo jurídico

A discussão em torno das possibilidades de um estudo científico do direito vem ocupando, há muito, considerável espaço nos debates travados por juristas, filósofos e cientistas sociais em geral. A problemática da viabilidade de uma ciência do direito gira em torno da possibilidade de se atribuir caráter científico às proposições do saber jurídico e de se tomar o direito como objeto de estudo de uma ciência própria, diversa das demais ciências sociais (sociologia, antropologia, história, economia...). Além de tais questões, é comum depararmos com problemas falsos, decorrentes, no mais das vezes, de falta de cuidado ou esmero na utilização das palavras.

Foge aos limites do trabalho enfrentar todas as questões a respeito de uma cientificidade do estudo do direito. Entretanto, uma breve exposição a respeito do tema, mesmo que despretensiosa, justifica-se diante da postura metodológica adotada ao longo do trabalho.

De acordo com Bobbio (1995, p. 135), a busca pela transformação do estudo do direito em uma ciência própria é correlata ao nascimento do denominado “positivismo jurídico”. Entenda-se positivismo jurídico aqui como uma postura científica (método), marcadamente avalorativa, frente ao direito. Com o positivismo jurídico, a forma de estudo do direito se aproximou da forma própria das ciências naturais, sendo então idealizada a construção de um sistema composto por proposições cuja função seria descrever os elementos que compõem o direito.

O positivismo jurídico é responsável, então, pela formação de uma ciência do direito que tem um objeto demarcado: um certo conjunto de normas jurídicas que atuam em determinada sociedade. Não interessam à ciência do direito, em princípio, as forças políticas que atuam no meio social. Da mesma forma, a ciência do direito não se volta aos efeitos psicológicos, econômicos ou meramente sociais das normas sobre as pessoas. O que interessa são as normas jurídicas e seus efeitos jurídicos.<sup>1</sup> Por outro lado, a ciência do direito tem por fim descrever seu objeto. Foge aos limites de tal ciência avaliar se uma norma é “boa ou má”, “justa ou injusta”. É nesse contexto que se insere a proposta científica da teoria pura do direito.

São muitas as críticas a uma ciência construída sobre esses fundamentos. Algumas delas se referem a sua pretensão de neutralidade, pois se trataria de uma pretensão irrealizável, diante do fato de que o objeto de estudo, o direito, possui uma carga valorativa intrínseca (ARAÚJO, 2003, p. 26). A neutralidade, por outro lado, poderia estar a serviço de uma ciência capaz de justificar qualquer modelo político-jurídico. Outras críticas se voltam à redução do objeto de estudo do jurista. Nessa linha de pensamento, o positivismo jurídico (e, em especial, o normativismo da teoria pura) seria responsável também por um isolamento do jurista, ao separar o direito dos demais dados sociais.

Mais uma vez, vale repisar que não se pretende esgotar o tema. Entretanto, o enfrentamento de alguns desses questionamentos se faz necessário e até mesmo poderá servir para que se esclareçam alguns pontos controvertidos, como a questão da neutralidade da ciência e do reducionismo decorrente da perspectiva dogmática.

A neutralidade da ciência não quer dizer neutralidade do cientista, do observador. O que na verdade se propõe com o positivismo jurídico é a neutralização, a objetivação. No curso de sua investigação, o cientista se sujeita a um método que “neutraliza” suas convicções pessoais, impondo-se certos procedimentos para a elaboração de suas constatações. Mais que isso, o cientista após as conclusões de

---

<sup>1</sup> Nada impede, porém, que o direito traga a previsão de que fatores sociais, políticos, econômicos ou quaisquer outros sejam relevantes no momento da interpretação ou aplicação das normas jurídicas. Mas isso não se constitui como exceção ao que foi dito, pois, como afirmado, é necessário que o próprio direito direcione o intérprete/aplicador em tal direção. Em outras palavras, ainda que tais



sua pesquisa, sujeita suas proposições à comunidade científica, aceitando o “jogo da verdade e do erro” (MORIN, 2002, p. 150). Por outro lado, a neutralidade da ciência não pode ser vista como uma tentativa de justificar algo indesejado. Não é finalidade da ciência do direito justificar uma decisão política. Sua finalidade é informativa. A ciência não valora a norma como justa ou injusta, mas verifica se é existente ou não, assim como busca definir seu conteúdo. Identificar a norma e extrair seu conteúdo são etapas necessárias para uma avaliação quanto a adequação do direito à idéia de justiça (seja lá qual for). A ciência do direito se esgota na primeira etapa, a da verificação da existência da norma e definição de seu conteúdo. A etapa seguinte já lhe é estranha, sendo própria de uma filosofia do direito. Em outras palavras, quando a ciência do direito afirma ser a norma existente, não está a afirmar que é justa, boa ou que cumpre um bom papel social.

Quanto ao reducionismo promovido pela ciência, basta que lembremos a lição de Fiorin (2001, p. 17), para quem a ciência “só é útil porque o simplifica [o objeto], permitindo, pois, que o entendamos em seu conjunto, a partir do ponto de vista adotado para descrevê-lo”. O professor da Universidade de São Paulo ilustra o que chama de “traço intrínseco da ciência” por meio da citação de História universal da infâmia, de Jorge Luís Borges.

Naquele Império, a Arte da Cartografia conseguiu tal perfeição que o mapa de uma só província ocupava toda uma cidade, e o mapa do Império, toda uma província. Com o tempo esses mapas enormes não satisfizeram, e os Colégios de Cartógrafos levantaram um mapa do Império que tinha o tamanho do Império e coincidia com ele ponto por ponto. Menos apaixonados pelo Estudo da Cartografia, as gerações seguintes entenderam que esse mapa ampliado era inútil e não sem piedade o entregaram às inclemências do sol e dos invernos. Nos desertos do oeste perduram despedaçadas ruínas do mapa, habitadas por animais e por mendigos; em todo o país não há outra relíquia das disciplinas geográficas. (ibid.).

Muitas outras críticas à ciência do direito têm origem em um ponto comum: a confusão envolvendo alguns conceitos trabalhados pelos estudiosos, dentre eles o próprio conceito de direito. A ausência de uma prévia definição de seus significados pode por em risco a viabilidade de uma investigação científica, daí porque se passa

---

fatores sejam, em princípio, extra ou metajurídicos, na medida em que normas jurídicas os tornam relevantes, passam a ser (também) jurídicos.

a identificar alguns dos conceitos que não apenas auxiliam a compreensão das premissas adotadas no trabalho, como permitem uma melhor compreensão de seu desenvolvimento.

## **1.3.2 Conceitos preliminares**

### **1.3.2.1 A importância da prévia definição dos conceitos**

Segundo Vilanova (2003, p. 4), a ciência é “um conjunto de conceitos dispostos segundo certas conexões ideais, estruturados segundo princípios ordenadores que os subordinam a uma unidade sistemática”. O professor pernambucano complementa a idéia (ibid, p. 10) afirmando que “a ciência é uma construção conceptual acerca de um setor autônomo do ser”.

O conceito é a representação psíquica de um objeto. Por sua vez, “o objeto é o dado envolvido pela forma conceptual, é aquilo que, na coisa, o pensamento delimita” (ibid., p. 09). Portanto, objeto e conceito se correlacionam: o primeiro se apresenta na realidade, com suas “propriedades e caracteres” (ibid., p. 09); o segundo é uma representação deste, constituído pelas notas que correspondem às propriedades da coisa.

Tomando de empréstimo os postulados da lingüística saussuriana, o conceito se equivale ao significado, à representação mental que é desperta pelo significante. Para Barthes (1999, p. 46) “o significado não é uma ‘coisa’, mas uma representação psíquica da ‘coisa’”. E, mais adiante, complementa afirmando que “o próprio Saussure notou bem a natureza psíquica do significado ao denomina-lo conceito: o significado da palavra boi não é o animal boi, mas sua imagem psíquica” (ibid, p. 46).

Dentre os conceitos que formam a ciência, há aqueles que se situam em uma posição destacada, servindo tanto para delimitar o campo de objetos próprios da ciência, como para conferir uma ordenação entre os múltiplos conceitos que a constituem. São os conceitos fundamentais, aqueles que indicam os limites da

ciência e em torno dos quais se “agrupa toda uma classe de conceitos” (VILANOVA, 2003, p. 11).

Se assim é, faz-se necessário ir ao encontro de certos conceitos antes de partir em busca da análise e descrição daqueles que são diretamente relacionados ao objeto desse estudo. Parece não haver dúvidas de que uma melhor compreensão sobre alguns conceitos ocorre com a prévia definição de alguns outros que, pode-se dizer, encontram-se na “base do edifício conceptual científico” (ibid., p. 04).

É preciso notar, no entanto, que não há qualquer pretensão de instaurar um novo debate sobre tais conceitos. Pelo contrário, o que se pretende é expor o “jogo de linguagem” praticado, isto é, a forma como devem ser compreendidas as palavras e expressões utilizadas e ao mesmo tempo expor os limites da pesquisa proposta.

### 1.3.2.2 Direito

O ponto de partida das ciências jurídicas é o conceito de direito. Sua identificação não apenas se presta a delimitar sobre o que o jurista irá se debruçar, como irá conferir unidade aos conceitos da ciência do direito, pois é em torno do conceito de direito que os demais conceitos jurídicos se organizam. O caráter fundamental do conceito de direito se revela, portanto, na medida em que se presta a conferir unidade ao sistema da ciência do direito.

A identificação do conceito de direito, sua definição e exposição serve ainda a um outro propósito. É que o mesmo vocábulo (direito) se presta a referir-se a realidades distintas, daí se falar em sua ambigüidade. Esse atributo do vocábulo *direito* é verificado pela existência de uma enormidade de expressões que, conforme o caso, podem substituí-la: direito positivo, direito natural, direito objetivo, direito subjetivo, ciência do direito, ... Cada uma dessas se refere a algo distinto, o que equivale a dizer que distintas realidades podem ser designadas simplesmente *direito*. Havendo diversos objetos referidos por uma única palavra, podemos então afirmar que existem diversos conceitos de direito.

Dentre os variados conceitos de direito, destacamos o de direito positivo, útil para auxiliar a demarcação do objeto de pesquisa.

Tomando como premissa o referencial teórico de base, o direito positivo é uma ordem social coativa (KELSEN, 2000b, p. 5). É ordem social, pois, assim como a religião ou a moral, o direito positivo se volta a regular a conduta humana, prescrevendo comportamentos, ordenando as relações intersubjetivas. Assim o faz por meio das normas jurídicas, que se encontram ordenadas por relações de subordinação e coordenação. Por outro lado, a nota relativa à coatividade se traduz na idéia de que o descumprimento das prescrições do direito sujeita o infrator a uma sanção institucionalizada. A coatividade do direito não quer dizer que suas manifestações se apresentam, sempre, com o emprego da força. A coatividade traduz a idéia de que as imposições prescritas pela ordem jurídica estão garantidas pela possibilidade última do emprego da força em caso de descumprimento. A coatividade resulta na aplicação de um mal, uma sanção socialmente imanente e organizada (KELSEN, 1995, p. 36).

Note-se que outras ordens sociais também podem trazer a previsão de punições pelo seu descumprimento. Entretanto, estas não se apresentam da mesma forma que aquelas prescritas pela ordem jurídica. A punição decorrente do descumprimento de um preceito moral é interna, não social; a punição decorrente do descumprimento de preceito religioso é transcendental, igualmente não social (KELSEN, 2000b, p. 23). A punição em razão da não observância a regra de etiqueta ou de convívio social, ainda que social, não é institucionalizada ou organizada como a do direito positivo. O direito positivo se caracteriza pela possibilidade de movimentação dos aparatos do Estado quando se verificar o descumprimento de suas regras.

O formalismo de um conceito de direito que tem como notas apenas a normatividade, a coatividade e aptidão para regular condutas humanas não é despropositado. Pelo contrário, um conceito formal de direito positivo permite que seja aplicável diante dos mais variados ordenamentos jurídicos existentes. Conforme Vilanova (2003, p. 39), em se tratando do direito positivo, “a forma (...) é o elemento permanente e homogêneo, enquanto o conteúdo ou matéria é o elemento variável e

heterogêneo”. Uma conceituação de direito positivo que lhe atribuísse um conteúdo mínimo ou uma finalidade determinada poderia inviabilizar uma pretensão de universalidade do conceito de direito positivo. Kelsen (1995, p. 48) ainda que veja como possível e até desejável que o direito tenha um compromisso com a paz, o bem comum ou a justiça, verifica que há Estados e, conseqüentemente, há ordens sociais coativas, cujas normas não expressam nenhum desses anseios. Por outro lado, paz, bem comum e justiça são conceitos por demais amplos, comportando, por vezes, práticas antagônicas. Daí porque estabelecer um conteúdo mínimo para o direito positivo a partir de tais valores é tarefa que parece sem solução. É o que se acentua na passagem a seguir, que se refere ao contexto mundial de meados do século XX.

Se a justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é de também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal da Justiça capitalista. (Kelsen, 1995, p. 55)

Um conceito formal de direito positivo, entretanto, não implica em compreender o direito positivo desprovido de um conteúdo semântico! Se assim o fosse, o direito positivo seria incapaz de regular condutas humanas. O que se está a afirmar é que não parece possível pré-determinar o conteúdo das normas jurídicas, a tal ponto de identificar comandos que seriam universais.

Para efeito desse trabalho, tomamos direito positivo como “um sistema de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é *sancionada* e, ainda, dotadas essas normas de uma *organização no emprego da coação*” (VILANOVA, 2000, p. 110). É de se notar que o conceito de direito positivo faz alusão ao conceito de norma, daí porque passamos a enfrentá-lo a seguir.

### 1.3.2.3 Norma jurídica

A norma jurídica é o elemento constitutivo do direito positivo. E, sendo assim, “o conceito de norma é um dos conceitos básicos da ciência do direito, se é que não é

o conceito básico por excelência desta ciência” (ALEXY, 2002, p. 48).<sup>2</sup> De acordo com Kelsen (1986, p. 35), as normas são atos de comando qualificados pela autorização da própria ordem jurídica positiva. Desse conceito, dois são os aspectos que merecem exame: a função diretiva ou prescritiva das normas jurídicas e sua qualificação por integrante da ordem jurídica positiva.

Enquanto atos de comando, as normas jurídicas podem ser tidas como prescrições, ordens, comandos ou mandamentos. É possível dizer que as normas se apresentam como proposições de função diretiva, pois se manifestam como conteúdo de mensagens tendentes a causar um certo comportamento (COPI, 1978, p. 50). As normas jurídicas estabelecem condutas devidas, que devem ser observadas por seus destinatários. Prescrevem como se comportar diante de determinada situação. Daí porque se diz que a norma jurídica se caracteriza pelo *dever-ser*, por estabelecer o que fazer e o que omitir e não por descrever de que forma um agir é verificado.

A proposição jurídica não *descreve* como fisicamente, biologicamente, psicologicamente, um homem está engajado num ir-e-vir no espaço físico e social, relacionando esse movimento como efeito de causas físicas, biológicas, psicológicas e sociológicas ... (VILANOVA, 1997, p. 71)

É bom que se diga que a expressão “proposição jurídica” é ambígua, pois sua utilização pode se referir a realidades distintas: tanto à norma jurídica (proposição jurídica prescritiva) como ao conteúdo dos enunciados elaborados pela ciência do direito (proposição jurídica descritiva). A proposição jurídica prescritiva (norma jurídica) é construída dos enunciados dos textos normativos (constituição, lei, decreto, sentença, contrato, ...) ou de outros significantes reconhecidos pela ordem normativa (placas ou sinais de trânsito ou até mesmo o costume). Ela se caracteriza sempre por estipular um comportamento devido. A proposição jurídica descritiva pertence aos domínios da ciência do direito, informa, fala a respeito do ordenamento jurídico ou, caso se prefira, sobre as proposições jurídicas prescritivas. Seguindo esse pensamento, as proposições descritivas atuam como metalinguagem, enquanto as proposições prescritivas atuam como linguagem-objeto.

---

<sup>2</sup> Tradução nossa. Nos originais “El concepto de norma es uno de los conceptos básicos de la

A norma jurídica atende a sua função de regulação do comportamento humano na medida em que determina um comportamento que *deve ser* observado por alguém. Mais que isso, a norma jurídica traz a previsão de quais condições são necessárias para que o comportamento por ela prescrito se torne obrigatório. Nela estão presentes os critérios para a identificação daquele que deverá realizar a conduta prescrita, assim como daquele capaz de exigí-la. Em última análise, a norma jurídica atua como um juízo hipotético-condicional, em que se prevê que se for a ocorrência de um fato deve ser o nascimento de uma relação entre dois sujeitos, pela qual um deverá realizar um comportamento em face de outrem. Daí porque é possível identificar uma estrutura que é comum às normas jurídicas, na qual fica evidenciada a relação existente entre a prescrição da conduta e o fato que é condição para que esta se torne obrigatória.

Não se está aqui a afirmar que a norma jurídica é uma estrutura lógica. As normas jurídicas, como instrumentos de regulação de conduta, possuem os mais variados conteúdos, reportam-se a fatos sociais e veiculam ordens de como se comportar em certas situações. Nesse ângulo, as normas jurídicas funcionam como uma medida de valor (KELSEN, 1995, p. 19). O que se está a afirmar é que seja qual for a relação intersubjetiva que é tomada como objeto de regulação pelo direito positivo, a norma jurídica apresentará uma mesma estrutura. Segundo Vilanova (2000, p. 95-98) tal estrutura denota a relação de implicação existente entre um fato social e a prescrição de um comportamento devido por alguém em face de outrem, sobre a qual atua o *dever ser*, característico das proposições jurídicas prescritivas. Tal estrutura formalizada é representada como  $D(p \rightarrow q)$ , em que  $D$  representa o “dever ser” sobre a relação de implicação entre  $p$  e  $q$ , relação essa que é representada por  $\rightarrow$ ;  $p$  é o antecedente da norma jurídica, constituindo-se na descrição de um fato social de possível ocorrência (normas abstratas) ou já ocorrido (concretas), enquanto  $q$  é o conseqüente da norma jurídica, sendo ou a previsão genérica da relação jurídica, quando se tratar das normas gerais, ou a própria relação jurídica quando se estiver diante das normas individuais.

Quanto ao segundo aspecto destacado, há que se frisar que a norma jurídica se qualifica não apenas em razão de sua função diretiva. Aliás, pode-se dizer que tal função não é exclusiva das normas jurídicas, visto que também desempenhada por outras normas (como as morais, as religiosas, ...). A qualidade de norma jurídica é extraída, principalmente, de sua relação de pertinência com o próprio direito positivo, na medida em que sua existência como norma jurídica é proveniente da ordem jurídica que integra. Em outras palavras, a condição de ser norma jurídica decorre do fato de estar a mesma integrando um dado ordenamento jurídico.

Firmadas essas idéias, define-se norma jurídica como a proposição prescritiva integrante de um ordenamento jurídico, que impõe um comportamento a um sujeito. Esse comportamento poderá ser dirigido a um indivíduo determinado ou não, assim como pode ser tido por obrigatório em razão de um fato já verificado, ou ter seu cumprimento exigido se e quando um possível fato venha a se verificar. Essas diversas formas de apresentação das normas jurídicas serão mais bem analisadas adiante. No momento, importa afirmar que as normas jurídicas, enquanto proposições, são significações extraídas dos enunciados que compõem os documentos normativos, daí porque se passa a destacar as distinções entre normas, enunciados e documentos normativos.

#### 1.3.2.4 Norma jurídica, enunciado normativo e documento normativo

A relação existente entre enunciado normativo e norma jurídica é a mesma existente entre os enunciados e as proposições em geral. Entende-se por enunciado o conjunto de palavras que se encontram ordenadas segundo as regras de gramática (ECHAVE et al., 1980, p. 35-36), ou seja, o enunciado é “um conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação” (CARVALHO, 1995, p. 143). A proposição, por outro lado, é o significado ou conteúdo revelado por meio do enunciado. Relacionando ambos os conceitos, teríamos que “os enunciados são as formas veiculares das proposições” (ECO, 1997, p. 53). É possível dizer então que



as disposições contidas nos artigos, parágrafos, incisos da constituição, das leis, ou dos decretos são enunciados normativos, pois expressam as proposições jurídicas prescritivas (normas jurídicas).

O direito positivo (ou as normas jurídicas que o compõem) está revelado principalmente nos enunciados normativos,<sup>3</sup> aqui também entendidos como textos do direito positivo. Concebendo o fenômeno jurídico-normativo como um fenômeno lingüístico “o agente normativo emite uma mensagem dirigida a um ou vários sujeitos com o propósito básico de conseguir que executem certas ações e se abstenham de realizar outras” (MENDONCA, 1997, p. 17, tradução nossa).<sup>4</sup> Seguindo essa idéia, o conteúdo da mensagem se identificaria com a idéia de norma jurídica (proposição jurídica), enquanto que a forma dela ser expressa com a noção de enunciado normativo.

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. (CARVALHO, 2000, p.8)

A construção da proposição normativa poderá ocorrer levando-se em conta um ou mais enunciados normativos, da mesma forma que um único enunciado normativo pode revelar uma ou mais proposições normativas.

Os enunciados normativos são encontrados em locais específicos. Em outras palavras, a emissão das normas jurídicas é feita por meios próprios, ou canais de comunicação especiais. Ou seja, o produto da enunciação normativa (produção de normas), os enunciados normativos, são revelados em canais de comunicação que denominaremos documentos normativos, sendo exemplos, a constituição, as leis, os decretos, os regulamentos, as sentenças, as portarias, os contratos...

O documento normativo é de extrema importância, pois é por meio dele que se terá acesso às normas jurídicas. Mais que isso, o documento normativo é o único dado

---

<sup>3</sup> As normas jurídicas também podem se expressar por meio de outros sinais indicativos, como desenhos, sinais luminosos ou sinais sonoros. Considerando os limites dessa pesquisa, as outras formas de expressão das normas que não os enunciados normativos podem ser deixados de lado.

<sup>4</sup> Constam do original “agente normativo emite un mensaje dirigido a uno o varios sujetos con el propósito básico de conseguir que ejecuten ciertas acciones y se abstengan de realizar otras”.

objetivo disponível ao jurista (MOUSSALLEM, 2001, p. 133). A partir de sua análise o jurista terá acesso à mensagem normativa (norma jurídica), assim como será possível identificar o responsável pela sua emissão, a forma de produção e os seus destinatários, isto é, terá ele acesso à atividade de enunciação normativa. Isto porque o produto dos atos de enunciação normativa (documento normativo) conterà tanto a mensagem emitida pelo agente credenciado como as *marcas* do processo de enunciação. De um certo documento normativo extraímos não apenas quais condutas são devidas, mas também quem as prescreveu, quando ou mediante qual procedimento tais comandos foram elaborados. São estas marcas, aliás, que nos impõem o reconhecimento daquele texto como texto normativo.

Fala-se então que existem dois tipos de enunciados normativos: a enunciação enunciada e o enunciado enunciado. A enunciação enunciada “é o conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância de enunciação” (FIORIN, 2001, p. 36) ou aquela porção do texto que nos remete a seus fatos enunciativos, o que permite identificar a pessoa, o espaço, o tempo e o procedimento de enunciação (PEIXOTO, 2004, p. 57-58). Já o enunciado enunciado “é a seqüência enunciada desprovida de marcas de enunciação” (FIORIN, 2001, p. 36), que revela as mensagens introduzidas no texto (PEIXOTO, 2004, p. 58).

A compreensão do fenômeno jurídico normativo como fenômeno lingüístico denuncia um dado relevante a respeito das normas jurídicas. Sendo certo que as normas jurídicas se prestam a regular condutas, verifica-se que o cumprimento de tal função pode se dar de diversas formas. Algumas das normas projetam-se para regular fatos futuros, enquanto outras estabelecem prescrições tomando como pressuposto ocorrências situadas em quadrantes determinados de tempo e espaço. Por outro lado, há normas que prescrevem condutas sem a precisa indicação de quem estará obrigado a um certo comportamento, ao passo que outras indicam precisamente quem serão seus destinatários. Daí porque é possível classificar as normas jurídicas quanto ao fato regulado e quanto à determinação de seus destinatários.

### 1.3.2.5 Normas abstratas e concretas; gerais e individuais.

Insistimos que toda norma jurídica tem por objetivo regular condutas, isto é, estabelecer como uma conduta *deve ser* (KELSEN, 1986, p. 120). Complementando tal idéia, pode-se dizer que a norma jurídica estabelece como deve ser a conduta diante de uma situação. “Toda regra jurídica obriga os seres humanos a observarem certa conduta sob certas circunstâncias” (KELSEN, 2000b, p. 5). Nessa última afirmativa se revela o que Vilanova (1997, p. 104) denominou como sendo a *bimembridade* constituinte da norma jurídica: a proposição normativa é composta de um antecedente, que traz a descrição de uma situação fática do mundo, e de um conseqüente, no qual se revela o comportamento prescrito pela norma (também um fato, mas um fato relacional que *deve ser*).

Analisando o antecedente das normas jurídicas, o que se percebe é que a descrição fática nele contida pode assumir duas formas. Pode o antecedente trazer a descrição de um “tipo” de fato. Isto é, não se refere a uma ocorrência determinada, mas a possíveis (e, quase sempre, futuras) ocorrências (MENDONÇA, 2004, p. 83). Nesse caso, o antecedente da norma traz critérios de identificação dos fatos que deverão desencadear efeitos jurídicos. Quando pensamos em uma das normas do Código Penal, verificamos que lá há a descrição dos tipos, de onde se extraem as características necessárias para a identificação de um ilícito penal. Trata-se, pois, de normas abstratas. Por outro lado, certas normas têm em seu antecedente a descrição de um fato situado em coordenadas de tempo e espaço determinadas (MENDONÇA, 2004, P. 83). Quando um juiz profere uma sentença condenando o réu pela prática de um delito, edita uma norma concreta, pois tomará como pressuposto dessa condenação um fato determinado, situado no tempo e no espaço.

Quando se parte para a análise do conseqüente da norma jurídica, a classificação se dá tomando como referência outro dado. Observa-se a quem se dirige a prescrição ali contida ou, mais precisamente, o grau de determinação daquele cujo comportamento está sendo imposto e daquele que poderá exigí-lo. Certas normas possuem em seu antecedente uma prescrição dirigida a uma classe de pessoas. Isto é, não estão individualizados, ou determinados, aqueles de quem se espera a conduta imposta e/ou aquele que poderá reclamar seu cumprimento (MENDONÇA, 2004, p. 83). Mais uma vez tomando como exemplo o Código Penal, ali se vislumbra

normas gerais, pois destinadas à coletividade em geral. Mas quando o juiz profere sua sentença, determina os sujeitos da relação jurídica “cria uma norma individual que estipula uma sanção definida seja executada contra um indivíduo definido” (KELSEN, 2000b, p. 196).

Não raro, as expressões normas abstratas e normas gerais são tratadas indistintamente, tomadas como sinônimas. O mesmo acontece com os termos normas concretas e normas individuais. É provável que isto ocorra em virtude de ser mais comum analisar normas gerais que são, ao mesmo tempo, abstratas, o mesmo acontecendo com as concretas que são ao mesmo tempo individuais. Entretanto, é errôneo o tratamento indiscriminado, sendo que a ciência jurídica atual vem apontando para casos de normas abstratas e individuais, assim como para casos de concretas e gerais.

O que nos interessa no momento é dizer que a regulação do comportamento humano pelo direito tem como ponto de partida a edição de normas abstratas e gerais. Normas que se projetam para fatos de possível ocorrência e cujos destinatários ainda são indeterminados. Mas, no dizer de Engisch, “a forma sob a qual o Direito adquire um significado determinante do nosso viver consiste em ele dizer-nos algo sobre o modo como *in concreto* nos devemos conduzir” (1996, p. 76). Isto é, das normas abstratas “derivam-se” as concretas, das gerais as individuais, tudo com o objetivo de motivar a conduta humana em determinado sentido.

A partir de uma perspectiva dinâmica, a norma individual criada pela decisão judicial é um estágio de um processo que começa com o estabelecimento da primeira constituição, é continuado pela legislação e pelo costume, e conduz a decisões judiciais. O processo é completado pela execução da sanção individual. Os estatutos e as leis consuetudinárias são, por assim dizer, produtos semimanufaturados, acabados apenas através da decisão judicial e da sua execução. O processo através do qual o Direito se recria constantemente vai do geral e abstrato ao individual e concreto. Trata-se de um processo de individualização e concretização constante e crescente. (KELSEN, 2000b, p. 196)

Há, portanto, uma indisfarçável conexão entre as normas, ao passo que nesse processo de regulação das condutas humanas, em que os comandos jurídicos são tornados concretos e individuais, as normas jurídicas são produzidas umas com base em outras. De forma simplificada, normas jurídicas estabelecem como outra

deverá ser criada, quem poderá fazê-lo e qual poderá/deverá ser seu conteúdo. Tal idéia nos aproxima do conceito de validade, a ser tratado em seguida.

### 1.3.2.6 Validade

As normas jurídicas não estão sujeitas a juízos quanto à sua veracidade ou falsidade. As proposições de função prescritiva ou diretiva, tais como as normas jurídicas, não têm o propósito de descrever uma realidade, mas de provocar uma ação ou omissão. Conseqüentemente, as proposições prescritivas não são confirmadas ou falseadas se ocorre a observância ou não aos comandos prescritos, isto é, se estes se realizam ou não.

Em sua forma puramente imperativa, o discurso diretivo não é verdadeiro nem falso. Uma ordem como “feche a janela” não pode ser verdadeira nem falsa em nenhum sentido literal. Que a ordem seja ou não obedecida, isso não afeta nem determina o seu valor de verdade, pois não tem valor de verdade alguma. Podemos discordar se uma determinada ordem foi ou não obedecida; mas nunca poderemos discordar sobre se uma ordem é verdadeira ou falsa, visto que não pode ser qualquer dessas coisas. (COPI, 1978, p. 50)

Apesar das proposições prescritivas não se submeterem a juízos quanto à sua veracidade ou falsidade, isto não quer dizer que não possam ser objeto de outros tipos de juízo. Como afirma Copi (Ibid., p. 50), as proposições prescritivas poderão ser, mediante certos critérios, rotuladas como razoáveis ou apropriadas e irrazoáveis ou impróprias. De uma forma geral, a justiça, a moralidade e a legitimidade são critérios de avaliação das regras de conduta em geral, inclusive das normas jurídicas. Entretanto, a dogmática jurídica propõe juízos sobre as normas jurídicas a partir de dados do próprio sistema jurídico e voltadas a sua própria operatividade. Nesse sentido é que a dogmática examina se determinada norma é ou não norma jurídica, o momento e o local de sua existência, sua conformidade com as outras normas jurídicas do ordenamento, sua aptidão para produção de efeitos. O que mais nos interessa no momento é a idéia de quando a norma jurídica existe.

Seguindo o referencial teórico adotado, entendemos por validade “a existência específica de normas” (KELSEN, 2000b, p. 43). A idéia de validade aqui definida, portanto, equivale à de existência, o que nos afasta da distinção encontrada em

parte da doutrina entre ambos conceitos. Dizer que uma norma “N” possui validade jurídica quer dizer que ela pertence ao ordenamento jurídico, ou, em outras palavras, que é norma jurídica.

A validade não é, propriamente, um atributo da norma tomada isoladamente, mas é “relação-de-implicação entre normas” (VILANOVA, 2000, p. 300). Isto é, diz-se que a norma é válida juridicamente (portanto, que é norma jurídica) quando se relaciona com outras normas jurídicas, integrando o ordenamento jurídico. Complementando o raciocínio, tem-se que o problema da validade da norma é resolvido no interior do sistema jurídico prescrito, pois é nele que estão definidos os critérios de validade de uma norma jurídica.

A ordem jurídica define os critérios de validade ao estabelecer como as normas jurídicas deverão ser criadas (ou modificadas ou mesmo eliminadas do sistema).

*... o sistema de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras (proposições) de formação e de transformação de suas proposições. As normas que estatuem como criar outras normas, isto é, as normas-de-normas ou proposições-de-proposições, não são regras sintáticas fora do sistema. Estão no interior dele. (VILANOVA, 1997, p. 164)*

O direito positivo estatui a forma de sua própria criação. Com isso não se quer dizer que o direito “cria” direito, mas que, como sistema de normas, estabelece os requisitos para a sua criação. “As normas de um sistema dinâmico [dentre eles o direito positivo] têm de ser criadas através de atos de vontade dos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior” (KELSEN, 2000b, p. 165).

*Os chamados “atos de produção de normas” são fatos (ou condutas) que se qualificam pelas normas objetivas que deles provêm e neles retroincidem, conferindo-lhes *sentido objetivo*, inserindo-os no interior do sistema. (VILANOVA, 2000, p. 300)*

Ao dizer como suas normas devem ser criadas e/ou modificadas, o direito positivo estabelece as condições para que uma proposição seja reconhecida ou tida como norma jurídica. A existência da norma jurídica, portanto, é condicionada pelo próprio direito positivo. O conjunto normativo estabelece os requisitos de pertinencialidade a serem preenchidos pela norma.

É preciso, contudo, uma certa cautela com a afirmação segundo a qual a validade de uma norma jurídica depende de sua adequação às normas jurídicas que estabelecem a forma de sua elaboração. Isto porque se o ato tendente à produção de normas não atende a todos os critérios de validade do ordenamento jurídico, isto não quer dizer que o resultado será norma jurídica inválida ou inexistente ou, mais precisamente, nenhuma norma jurídica. Kelsen (1995, p. 297) demonstra que uma norma individual possui validade mesmo quando produzida em desacordo com a norma geral que autorizava sua criação. É o caso da chamada “decisão judicial ‘ilegal’”, que possui uma validade (ainda que provisória), necessitando ser eliminada do sistema jurídico por uma outra norma individual (uma outra decisão judicial), podendo até mesmo adquirir uma validade definitiva quando de seu trânsito em julgado. O mesmo se daria com as chamadas leis inconstitucionais.

Tal idéia é sintetizada por Vilanova (2000, p. 307)

O processo de geração de normas é sempre este: norma geratriz incidindo na subjetividade de um ato, cujo sentido objetivo (em virtude da norma incidente) é outra norma válida. Se ocorre defeituosidade no percurso procedimental, a norma gerada não nasce nula, na espécie do inexistente. É anulável, o que requer outro procedimento, normativamente estruturado, para desconstituir a norma impugnável.

Em conclusão a este tópico, pode-se dizer que a validade é definida pelo próprio direito, que a confere não apenas às normas que são produzidas em total observância a seus comandos, mas também àquelas geradas com alguma falha em sua edição (conteúdo vedado, agente produtor não credenciado, procedimento de criação inadequado). O que ocorre é que essas últimas poderão ser invalidadas por meio de um processo especial, diferente daquele previsto ordinariamente para a modificação ou revogação de normas jurídicas. Ainda, os efeitos dessa invalidação poderão ser diferentes da mera revogação de normas.

A noção de validade jurídica, como relação entre normas, abre espaço para a noção de hierarquia entre normas, a seguir tratada.

### 1.3.2.7 Hierarquia entre normas

A partir da idéia de que o fundamento de validade de uma norma reside em uma outra, pode-se falar que o ordenamento jurídico é composto por normas que se apresentam de forma escalonada. O fato de uma norma N2 encontrar seu fundamento de validade (autorização para sua criação) em N1, significa que N1 é superior a N2. Isto é, no ordenamento, N1 ocupa uma posição hierárquica mais privilegiada que N2.

Mas de onde N1 retira seu fundamento de validade? De uma outra norma, de acordo com o pensamento kelseniano. Tal norma poderia ser N, norma que autorizou a produção normativa de N1. Mas essa solução, na verdade, cria nova indagação: e a validade de N?

Esse é um dos pontos críticos da teoria kelseniana. A indagação em torno do fundamento último de validade. Como impedir o regresso ao infinito ou, sob um ângulo diverso, como fundamentar a norma positiva que ocupe o maior grau hierárquico no ordenamento?

O fundamento último de validade da teoria kelseniana, como não poderia deixar de ser considerando seu caráter eminentemente normativo, é também uma norma. A norma fundamental. A norma fundamental é o artifício utilizado por Kelsen para conferir unidade ao sistema de normas por ele tratado, sendo que ele procurou identificar a natureza dessa norma fundamental ao longo de toda a sua produção científica.

Conforme observa Losano (1985, p. 81) a produção kelseniana pode ser descrita em três fases: a primeira, compreendida entre as décadas de 1910 a 1920, em que teria buscado a aplicação dos princípios neokantianos e construído uma teoria do direito do tipo estática; a segunda que vai da década de 1930 ao final da década de 1950 e se caracteriza pela consolidação da teoria pura do direito e pela adição de uma visão dinâmica do direito; enfim, a última fase – de 1960 a 1973, ano de seu falecimento – que se caracteriza tanto pela adesão aos princípios filosóficos íncitos à teoria pura como pelo interesse na aplicação da lógica formal ao direito. Exatamente nessa última fase, Kelsen produziu o Teoria Geral das Normas, obra que traz uma



sensível alteração no que diz respeito ao que seja a norma fundamental. Segundo Losano (1985, 83), após ter sido posto em discussão por quase todos os críticos a noção de norma fundamental, “Kelsen acepta sustancialmente estas críticas y reconoce que la norma fundamental es ‘una norma ficticia’”.<sup>5</sup>

De fato, Kelsen (1986, p. 328) afirma que a norma fundamental é norma meramente pensada, uma ficção. É com esse sentido que iremos adotar a idéia de norma fundamental. Como um mero fecho da teoria kelseniana, uma espécie de corte metodológico empregado para operacionalizar o objeto de seu estudo: o direito positivo. Iremos nos conformar com a idéia de que a constituição positiva é o conjunto normativo de maior hierarquia no sistema jurídico positivo, adotando a solução de que sua existência (o que se equivale a validade no presente estudo) deriva do fato de servir “como critério de pertinência e de validade das demais normas do sistema, ou seja, por exercer uma função normativa intra-sistemática” (NEVES, 1988, p. 43).

Em conclusão, podemos falar que, no ordenamento jurídico positivo, as normas encontram-se dispostas de tal forma que é possível observar uma relação de hierarquia entre elas. Essa relação de hierarquia expressa, por um lado, que uma norma busca fundamento de validade em outra. Por outro lado, essa relação de hierarquia representa a necessidade de que a criação de uma norma seja feita sempre com base em uma outra. Porém, para que uma norma possa servir de fundamento de validade para uma outra, não basta que ela tenha existência jurídica (validade). Mais que isso, é preciso que seja dotada do que se denomina eficácia técnica, conceito a seguir desenvolvido.

### 1.3.2.8 Eficácia técnica

A eficácia técnica é a capacidade da norma poder ser aplicada (FERRAZ JR, 1994, p. 199). Aplicação aqui é entendida como a capacidade da norma poder regular a criação de uma outra norma jurídica.

---

<sup>5</sup> Tradução nossa. Nos originais “Kelsen acepta sustancialmente estas críticas e reconhece que a norma fundamental é ‘una norma ficticia’”.

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. Aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. (KELSEN, 1995, p. 260-261).

A aplicação da norma pode depender de certos fatores normativos. A eficácia técnica mede a presença ou não desses fatores normativos. Há casos em que a norma pode ser aplicada independente de qualquer outra, ou pode ser aplicada pois a ordem jurídica é dotada de normas jurídicas que permitem sua aplicação. Haverá, em ambos casos, eficácia técnica (LINS, 2005, p. 85). Porém, em outros casos, a aplicação de normas jurídicas reclama a existência de outras normas jurídicas que, no entanto, ainda não foram produzidas – como nos casos das chamadas normas constitucionais de eficácia limitada (FERRAZ JR., 1994, p. 200) – ou a norma tem sua aplicação impedida ou restringida por outra norma, sem que isso afete a sua validade – como ocorre nas chamadas normas constitucionais de eficácia contida (ibid., p. 200). Nesses dois casos, é possível dizer que as normas não possuem eficácia técnica.

A eficácia técnica é qualidade da norma jurídica (LINS, 2005, p. 85). Daí se vê que não se pode confundir-la com o conceito de eficácia jurídica, que representa a capacidade do fato jurídico fazer nascer a relação jurídica (ibid. p. 85). Também não se confunde eficácia técnica com eficácia social, ou efetividade, enquanto “aquela que encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos” (FERRAZ JR., 1994, p. 198), nem com a qualidade da norma que é normalmente observada. Por fim, eficácia técnica não se confunde nem com o vigor, nem com a vigência, conceitos que serão tratados adiante.

### 1.3.2.9 Vigor

Já vimos que as normas jurídicas cumprem a função de regular condutas por meio da prescrição de condutas devidas. Ocorre que, considerando a dinâmica da ordem jurídica, normas jurídicas se sucedem no tempo. Isto é, um mesmo fato pode vir a ser regulado de diversas formas, ou receber diferentes qualificações jurídicas no curso do tempo. Surge então a necessidade de se determinar qual norma jurídica se aplica sobre os fatos verificados em determinadas coordenadas de tempo. Para

tanto, é preciso observar o vigor da norma, isto é sua força vinculante (FERRAZ Jr., 1994, p. 201).

“Em geral, as normas referem-se apenas a condutas futuras” (KELSEN, 1995, p. 14). Isto significa que, como regra geral, a norma deverá produzir seus efeitos sobre os fatos verificados após o seu ingresso no ordenamento. Essa afirmativa merece alguns esclarecimentos.

A data de ingresso da norma no ordenamento jurídico pode não ser o termo que define a partir de quando o comando nela prescrito passa a ser obrigatório. A norma ingressa no ordenamento jurídico ao final do processo de enunciação (no caso do processo legislativo, com a publicação do documento normativo), porém sua obrigatoriedade pode se iniciar em momento diverso. Observando o artigo 1º do Decreto-Lei nº 4.657 de 1.942 (Lei de Introdução ao Código Civil), tem-se como regra geral que a norma passa a *vigorar*, salvo disposição em contrário, quarenta e cinco dias após a publicação da lei. A CRFB/88, nos artigos 16 e 150, III, “b”, também traz regras que revelam ser diverso o momento do ingresso da norma no ordenamento e seu vigor.

Por outro lado, ao se afirmar que a norma jurídica se refere a condutas futuras, admite-se que situações passadas permanecem sendo reguladas pelas normas que se encontravam no ordenamento jurídico à época de sua ocorrência. Com isso, estamos a admitir que normas, mesmo não mais válidas, sejam aplicáveis a fatos verificados quando do período de seu vigor. É o que se denomina ultratividade da norma.

A ultratividade não significa que a norma não permaneça válida, posto que, revogada, não mais pertence ao sistema. Tampouco resulta da eficácia, que significa, no sentido de efetividade, observância espontânea ou por imposição de autoridade ou, mais genericamente, sucesso na obtenção dos objetivos visados pelo legislador, e, no sentido técnico, possibilidade de produção concreta de efeitos, devendo-se, ao contrário, reconhecer que a eficácia é até consequência da ultratividade. Assim, é possível dizer que a ultratividade é manifestação do *vigor* da norma legal. (ibid., p. 203).

Portanto, considerando a regra geral de que as normas produzem seus efeitos para o futuro, a aplicação da norma levará em conta o período em que seu cumprimento

era obrigatório, o que pode não coincidir com o tempo em que esteve no ordenamento jurídico. Por outro lado, mesmo que a norma não seja mais válida, deverá ela ser aplicada em relação àqueles fatos ocorridos no período em que seu cumprimento era obrigatório. Nesse ponto, o vigor é determinado pela vigência da norma, medida do período em que a norma pertenceu ao ordenamento jurídico com força vinculante (ibid., p. 202).

Porém, é possível que a norma produza efeitos sobre fatos ocorridos antes do início de sua entrada no ordenamento jurídico. As normas jurídicas “podem referir-se também a condutas passadas” (KELSEN, 1995, p. 14). Nesses casos, diz-se que a norma possui efeito retroativo, pois teria força vinculante (vigor) sobre fatos que ocorreram antes de sua edição.

## 1.4 O OBJETO

A investigação proposta tem por objeto uma das mais recentes inovações legislativas no que se refere ao denominado controle de constitucionalidade dos atos normativos. Isto é, o objeto de pesquisa se situa dentro do conjunto normativo voltado a garantir a observância das normas constitucionais por meio de mecanismos de invalidação e/ou adequação das normas jurídicas que com elas são compatíveis. Mais precisamente, o que se pretende é colocar em análise a aplicação dos artigos 27 da Lei nº 9.868/99 e 11 da Lei nº 9.882/99, que prevê a possibilidade de manipulação dos efeitos temporais advindos das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, quando a norma constitucional contrariada dispuser sobre direito fundamental.

No Brasil, as decisões judiciais proferidas em controle de constitucionalidade eram vistas, tradicionalmente, com uma eficácia temporal capaz de fazer apagar os efeitos até então produzidos pela norma tida por inconstitucional. Mais que isso, era costume se falar em nulidade da norma inconstitucional, ou até mesmo de sua inexistência, e que a decisão a respeito da constitucionalidade da norma continha efeitos meramente declaratórios. Daí porque a surpresa de muitos com o advento de uma disposição, veiculada em lei ordinária, prevendo a possibilidade de manutenção

dos efeitos produzidos por norma julgada inconstitucional. É o que traz o referido artigo 27 da Lei nº 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.

Redação similar é encontrada no artigo 11 da Lei nº 9.882/99:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O ponto de partida será a análise do conceito de constituição, sua supremacia, e a noção de direitos fundamentais. Em seguida, parte-se em busca do exame das regras a respeito do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. Só então irá se voltar a atenção aos artigos 27 da Lei nº 9.868/99 e 11 da Lei nº 9.882/99 para, enfim, determinar sua aplicabilidade aos casos de inconstitucionalidade por violação aos chamados direitos fundamentais.

## 2 CONSTITUIÇÃO

### 2.1 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

A investigação em torno do conceito de constituição tem sido feita, usualmente, após uma prévia exposição dos movimentos tendentes à criação de um mecanismo de racionalização e limitação do poder do Estado. Isto é, a busca pela definição de constituição é vinculada à exploração de registros históricos e das ideologias consideradas determinantes para seu aparecimento enquanto instrumento de ordenação do Estado. Daí se falar em constitucionalismo como “movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário” (TAVARES, 2002, p. 1).

É certo que o termo constitucionalismo, como acentua Tavares (ibid., p. 1), é ambíguo, sendo possível encontrar, pelo menos, outros três significados. Tal expressão também é empregada para designar a exigência de constituições escritas, para se referir aos “propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades” (ibid. p. 1) e, ainda, para se referir “à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado” (ibid., p. 1). Essa ambigüidade, por certo, acaba por gerar uma enorme dificuldade não apenas para a compreensão do conceito, como, em especial, para a formulação de uma definição de constituição, uma vez que os conceitos de constitucionalismo e constituição são apresentados relacionados. Adotaremos a idéia de constitucionalismo como o movimento pela institucionalização de uma ordem fundamental do Estado, sendo que, mesmo assim, as afirmações a seu respeito aparecem por vezes pouco esclarecedoras e, até mesmo, contraditórias.

Uma das questões a respeito do constitucionalismo como movimento limitador à arbitrariedade do Estado gira em torno de seu marco inicial. Discute-se, assim, se o aparecimento do constitucionalismo (e da constituição) ocorreu no antigo Estado Hebreu, nas cidades-estado gregas ou no Estado Moderno. Outra, questão diz respeito às possibilidades e dificuldades de se agrupar cada um dos movimentos experimentados pelos diversos Estados em uma teoria generalizante. Movimentos

considerados relevantes para a formação da atual concepção de constituição (como as revoluções inglesa e francesa e a independência das colônias britânicas da América do Norte) tem suas notas particulares destacadas, chamando-se à atenção as diferenças da origem, função e significado assumido pela constituição em cada um dos Estados.

Além de todos os problemas em torno do significado de constitucionalismo, é possível dizer que tomá-lo como ponto de partida ou instrumento para o estudo e definição de constituição tem por consequência proceder a sua análise sob um prisma fortemente influenciado por dados políticos, históricos e sociais. Como resultado dessa vinculação do conceito de constituição a certos fatos ou ideologias, tem-se como resultado um conceito de constituição com um certo conteúdo (constituição como ordenação do poder do Estado, repositório das liberdades fundamentais, etc.). E, na medida em que novos eventos e novas teorias políticas vão se sucedendo, o conceito atribuído à constituição vai ganhando novas dimensões. Assim se verifica quando na modernidade o constitucionalismo vinculava-se à teoria política do liberalismo, razão pela qual a constituição seria o documento que consagraria seus princípios. Na medida em que, em dias atuais, o constitucionalismo volta-se ao ideário social, a busca por uma integração econômica e cultural dos povos a partir do reconhecimento da universalidade de certos princípios jurídicos e os valores democráticos, vem se almejando constituições que tragam tais elementos.

Não se pode negar a importância do constitucionalismo para a compreensão da constituição. Ao se relacionar constituição a fatores político-sociais, atenta-se para a discussão quanto a sua origem e sua relevância para o funcionamento do sistema político. O traço político da constituição é incontestável. Kelsen, costumeiramente acusado de ignorar as relações entre política e direito, não discrepa de tal realidade.

O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, ... (2003, p. 130)

Entretanto, se por um lado o constitucionalismo destaca de que forma a constituição se mostra como um dado relevante para a política, para o direito, para a economia, etc., é preciso se chamar a atenção para a noção de constituição que, a partir daí, é construída. Como dito, o constitucionalismo fornece um conceito de constituição que nada mais é do que o reflexo de ideais sustentados por certas teorias políticas e/ou em determinados momentos históricos. O resultado disso é a formulação de um conceito ideal de constituição, que só é válido quando e onde certos valores e princípios estão encampados. Isto é, a adoção de um conceito ideal de constituição força a conclusão de que determinados Estados não possuem uma constituição.

Em uma terceira perspectiva, a Constituição será definida nos termos do chamado 'constitucionalismo', que se impôs principalmente com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, correspondendo, portanto, ao ideal constitucional do Estado burguês de Direito. Aqui o conceito de Constituição está relacionado com o de Estado Constitucional. Em conformidade com isso, contrapõem-se os Estados constitucionais aos não-constitucionais e fala-se até mesmo de uma 'Constituição constitucional do Estado'. O problema da Constituição é limitado, então à sua dimensão axiológica: nessa orientação seria Constituição 'verdadeira' apenas aquela que correspondesse a um determinado padrão valorativo ideal. Uma expressão clássica do idealismo constitucional encontra-se no Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: 'Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição'. De acordo com esse modelo, Constituição implica um sistema de garantia da liberdade burguesa, a divisão de poderes e uma forma escrita. (...) Nesse sentido, os Estados autoritários e totalitários, na medida em que não realizem os *princípios* constitucionais, não possuem Constituição. (NEVES, 1994, p. 58-59)

Os problemas e inconvenientes de um conceito ideal de constituição aparecem claros e são análogos aos problemas de se conceituar o direito positivo a partir de certos valores que lhe seriam intrínsecos. Referindo-se ao conceito formulado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, restaria a dúvida quanto a precisa idéia de qual separação de poderes e de quais direitos deveriam ser garantidos: não se pode dizer que no sistema parlamentar é seguido o modelo clássico da separação de poderes, pois mesmo havendo certa divisão de funções, não se percebe a independência entre estes e nem sempre os mesmos direitos e as mesmas liberdades foram garantidos ao longo da história, pelos mais diversos povos. Isso sem falar das mudanças no conteúdo de certos direitos reputados fundamentais. Há também o problema criado pelos próprios juristas, ao utilizar de forma indiscriminada o termo constituição, seja qual for seu agente criador, seja qual



for seu conteúdo. Isto é, o uso rotineiro da palavra constituição nem sempre corresponde a um conceito ideal.

O que parece ser mais problemático, no entanto, é que formular um conceito de constituição a partir de certos valores e ideais almejados em determinado momento e local, ou seja, condicionado a uma determinada ideologia, implica torná-lo absoluto, imutável. E, no dizer de Morin (2001, p. 146), a ciência não se caracteriza por produzir conceitos com pretensão de definitividade, mas por se submeter ao que chama de “jogo da verdade e do erro”. As proposições científicas estão sujeitas a constante teste e são passíveis de revisão.

O conceito de constituição aqui adotado destaca seu aspecto jurídico. Entende-se por constituição o conjunto de normas jurídicas que, como resultado das forças políticas existentes em determinado momento, ocupam, direta ou indiretamente, a condição de fundamento positivo último de validade de todas as demais normas que compõem uma ordem jurídica estatal, na medida em que estabelecem como estas devem ser criadas (KELSEN, 2003, p. 130-131). Suas notas características são, portanto, sua normatividade, sua hierarquia máxima e a função de ordenação fundamental do Estado.

Um conceito jurídico de constituição não ignora as implicações que a constituição possui com o sistema político. Como se viu, a teoria pura expressamente as admite. Aliás, tal consideração não é de forma alguma surpreendente, pois Kelsen (1995, p. 393) via um aspecto político na criação de qualquer norma jurídica (mesmo individuais e concretas). Entretanto, atenta-se para o fato de que a constituição não é, necessariamente, formada por certos valores ou princípios universais, nem mesmo se caracteriza por ser criada de determinada forma, ou por determinado agente. O que a qualifica é sua posição no ordenamento jurídico. E tal condição está correlacionada ao fato de ser ela constituída, apesar de nem sempre em caráter exclusivo, das regras básicas de organização do Estado.

## 2.2 CONSTITUIÇÃO E ORDEM JURÍDICA

Dissemos que um conceito de constituição traz, necessariamente, a idéia de ser ela constituída pelas normas de maior grau hierárquico no direito nacional (KELSEN, 2000b, p. 182). Tomando o direito positivo, a constituição seria o fundamento último de validade da ordem jurídica, cuja validade dela própria estaria pressuposta pela norma fundamental. Em outras palavras, não há no ordenamento jurídico positivo outra norma de maior hierarquia.

Recorrendo a conceitos já expostos, dizer que uma norma possui maior hierarquia que a outra quer dizer que esta serve de fundamento de sua validade. Isto é, uma norma N possui maior hierarquia que uma norma N1 pois estabelece como esta última deverá ser criada. A constituição é a norma que estabelece, principalmente, como outras normas abstratas e gerais deverão ser criadas. No interior do sistema jurídico positivo, a busca pelo fundamento de validade se encerrará na constituição. Isto é, a constituição é um dos extremos (o de maior hierarquia) do processo de positivação jurídica. “O outro limite extremo encontra-se no ato final de execução da consequência jurídica, que não dá margem a nenhuma outra norma” (VILANOVA, 1997, p. 164).

Ordinariamente, costuma-se afirmar que a constituição serve de fundamento de validade das normas abstratas e gerais (veiculadas nas leis em geral), isto é, determina os órgãos, o processo de sua criação e, em certo grau, seu conteúdo (KELSEN, 2000b, p. 183), ao passo que as normas abstratas e gerais criadas com fundamento na constituição servem de fundamento de validade das normas concretas e individuais – como as sentenças, os atos administrativos ou atos de particulares (ibid., p. 189). Tal raciocínio, entretanto, é demasiadamente simplificado. Há situações em que normas concretas e individuais são produzidas buscando fundamento direto na constituição (KELSEN, 2003, p. 133), ao passo que normas abstratas e gerais poderão ser produzidas com base em normas abstratas e gerais veiculadas nas leis e não na constituição, como é o caso dos regulamentos (ibid., p. 190). Haverá, nesse último caso, uma diferença de grau de abstração ou generalidade.

O que se quer chamar a atenção nesse tópico é que a constituição ocupa uma posição de destaque no ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade

último das normas jurídicas. Em certos casos, a norma jurídica busca seu fundamento de validade diretamente na constituição. São atos que estão imediatamente subordinados à constituição (KELSEN, 2003, p. 134). O caso mais comum é o das leis em geral (que veiculam normas abstratas e gerais). Encontra-se nas constituições o processo previsto para sua criação, quem poderá cri-la e a determinação de seu conteúdo possível. Mas há casos também de normas concretas e individuais criadas com base em normas constitucionais. O ato (concreto e individual) de nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal tem fundamento direto no artigo 101 da CRFB/88.

Por outro lado, há normas que não estão subordinadas imediatamente à constituição. Porém, isso não quer dizer que a constituição não possa ser vista como fundamento último de sua validade. Ou seja, mesmo que normas concretas e individuais busquem seu fundamento de validade imediato em normas abstratas e gerais, o regresso em busca do fundamento de validade alcançará a constituição. Até porque, é a própria constituição que concede a força às normas abstratas e gerais para servirem de fundamento das concretas e individuais.

Quando a Constituição estabelece expressamente o princípio da legalidade da execução em geral e dos decretos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo constitucionalidade, de forma indireta. (KELSEN, 2003, p. 135)

Já se encontra esboçada, assim, a idéia da denominada supremacia das normas constitucionais, a ser desenvolvida mais adiante. Antes, porém, parte-se em busca da noção de direitos fundamentais, com vistas a permitir o enfrentamento do problema original proposto e também melhor caracterizar a idéia de constituição.

## 2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.3.1 Constituição e direitos fundamentais

Como anteriormente visto, afirmar que a constituição serve de fundamento último de validade em um dado ordenamento jurídico, quer dizer que ela estabelece, direta ou indiretamente, como devem ser criadas suas normas jurídicas. Isto significa, em

outras palavras, que a constituição assume a condição de conjunto de normas jurídicas de maior hierarquia no sistema jurídico, pois todas as outras devem ser produzidas segundo a forma por ela estabelecida. E quando se afirma que as normas jurídicas vigentes em determinado Estado devem ser criadas com base em um certo conjunto normativo, isto significa que este assume a função de sua ordenação fundamental.

O conteúdo mínimo dessa ordenação fundamental, de acordo com Kelsen (2003, p. 130-131), é o conjunto de normas que regem “a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas”. Tais normas, portanto, dizem respeito à “determinação dos órgãos e do procedimento da legislação” (ibid., p. 131). Mas também é possível que a constituição seja composta por normas que determinem não apenas a forma de criação de outras normas, mas também seu conteúdo. Isto seria possível, especialmente, quando a constituição possui um procedimento de reforma diferenciado daquele aplicável às leis em geral.

Se o direito positivo conhece uma forma constitucional especial, distinta da forma legal, nada se opõe a que essa forma também seja empregada para normas que não entram na Constituição em sentido estrito, e antes de mais nada, para normas que regulam, não a criação, mas o conteúdo das leis. (ibid., p. 131)

Tal observação merece destaque, pois o estágio atual do constitucionalismo tem feito com que estudiosos não se satisfaçam com um conceito de constituição que leva em consideração apenas sua posição no ordenamento jurídico de um Estado (BARROSO, 2003, p. 340). Assim, o conceito de constituição se complementaria com a referência a existência, em seu corpo, de normas que consagram direitos “que servem de pressupostos para que seres humanos iguais e livres possam organizar suas vidas em comum por intermédio do direito” (VIEIRA, 1997, p. 81). Tais direitos, em linhas gerais, seriam rotulados de direitos fundamentais.

Já em 1928, Kelsen (2003, p. 131) observava que “as Constituições modernas contêm não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais”. Entretanto, a previsão de direitos fundamentais não ocorre

universalmente, sendo que, ordinariamente, é na constituição dos Estados do ocidente que a encontramos. Daí porque SILVA (2002, p. 169) alude à existência das denominadas “constituições ditatoriais”, assim entendidas

... as que não reconhecem formalmente nem permitem se desenvolvam substancialmente os direitos do homem, nem nas suas dimensões liberais nem nas sociais, assim como as que, embora formalmente os enunciem, contenham elementos formais que os nulifiquem ou são simplesmente ineficazes por via de uma estrutura de poder dominante.

Não bastasse a existência de textos constitucionais omissos quanto aos direitos fundamentais, nota-se que a própria expressão (direitos fundamentais) é extremamente vaga. Os direitos fundamentais da constituição dos Estados Unidos da América não possuem, por exemplo, a mesma extensão dos direitos fundamentais da CRFB de 1988.

Sendo assim, ainda que parte da doutrina (dentre outros, NEVES, 1994, p. 61-75) relacione os conceitos de constituição, constitucionalismo, Estado de Direito e direitos fundamentais, não consideraremos a previsão de direitos fundamentais como nota característica do conceito de constituição. Exigir uma relação necessária entre constituição e direitos fundamentais é próprio de uma conceituação ideal de constituição, o que, apesar de possível e tradicionalmente praticado, afastaria-nos da perspectiva adotada nesse trabalho. Tomaremos a relação existente entre constituição e direitos fundamentais em um outro nível. Assim, não é propriamente a constituição que se caracteriza pela previsão de direitos fundamentais. São os direitos fundamentais que se caracterizam por se encontrarem previstos em normas constitucionais. É o que se destacará a seguir, ao se conceituar direitos fundamentais.

### **2.3.2 Conceito de direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais são tradicionalmente encarados pela doutrina como resultado de diversos eventos e ideologias inspirados pelas idéias de liberdade e de dignidade humana (BONAVIDES, 2004, p. 562). De fato, uma abordagem histórica revela que a inserção de certos direitos nos textos constitucionais ocorreu de forma vinculada a movimentos político-ideológicos. Movimentos estes que, em termos

amplos, voltaram-se à reforma do conceito de Estado e formação da idéia de Estado de Direito.

Goyard-Fabre (2002, p. 322) esclarece que o Estado de Direito, vinculado à idéia de democracia, tem por princípio básico a proteção dos direitos fundamentais. Observa, entretanto, que o conceito de direitos fundamentais foi sendo modificado ao longo dos séculos (ibid., p. 335). Novos direitos foram reconhecidos e aqueles de outrora passaram por uma reformulação em seu conteúdo na medida em que novas demandas foram surgindo e novas mudanças sendo introduzidas nos sistemas político e jurídico. No caso específico dos direitos fundamentais, fala-se então nas dimensões (ou gerações) de direitos, cada uma delas sendo vinculada às ideologias e aos movimentos que justificaram ou fundaram sua inserção nos textos constitucionais.

Mantendo-nos próximos da metodologia adotada no trabalho, deixamos a análise histórica em segundo plano, enfrentando o problema do conceito dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dogmática. Sob essa ótica, é possível falar em conceito formal e material de direito fundamental. Uma conceituação do tipo formal leva em consideração a posição dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e, em especial, no próprio texto constitucional. Já uma conceituação do tipo material fará alusão a valores ou conteúdos que, considerados como básicos (fundamentais), qualificariam um certo direito como de caráter fundamental ou não (CANOTILHO, 1998, p. 378-379).

Para uma conceituação sob o ponto de vista formal, seguimos a lição de Alexy (2002, p. 62), para quem direitos fundamentais são aqueles provenientes dos denominados enunciados normativos de direito fundamental inseridos no texto constitucional vigente.

Falando sobre a Lei Fundamental Alemã, Alexy (ibid., p. 62-63) aponta dois problemas que o conceito proposto apresenta:

O *primeiro* consiste em que, como nem todos os enunciados da Lei Fundamental expressam normas de direito fundamental, pressupõe um critério que permita classificar os enunciados da Lei Fundamental naqueles

que expressam normas de direito fundamental e aqueles que não. O *segundo* problema pode ser formulado com a pergunta sobre se ao conjunto das normas de direito fundamental da Lei Fundamental pertencem somente aquelas que são diretamente expressadas pelos enunciados da Lei Fundamental.<sup>6</sup>

Invertendo a ordem para resposta dos questionamentos, vê-se que Alexy (ibid., p. 66-73) faz menção à possibilidade de um único enunciado normativo de direito fundamental, em certos casos, servir de significante para diversas normas de direito fundamental. Tal situação já foi objeto de observação anterior, no que se refere às normas em geral (tópico 1.3.2.4). Vale acrescentar que a abertura semântica própria dos enunciados normativos de direito fundamental torna ainda maior a possibilidade de construção de diversas normas a partir de um único enunciado. A esse respeito, ainda, é possível acrescentar que os enunciados de direitos fundamentais poderão servir não apenas como suporte físico de normas que estabeleçam direitos subjetivos fundamentais, mas também como suporte físico de outras que determinem a organização e atuação estatal.

Quanto ao primeiro dos problemas apresentados, Alexy (ibid. p. 65) sugere a adoção de um critério formal para a identificação de quais são os enunciados de direito fundamental. Isto quer dizer que deverá ser considerada a forma em que os enunciados foram dispostos ou positivados. Aplicando o método de Alexy para o caso brasileiro, devem ser considerados direitos fundamentais todos aqueles que se pode extrair dos enunciados contidos no Título II da CRFB/88, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (arts. 5º a 17).

Entretanto, conforme admite o próprio Alexy (ibid., p. 65), nem todos os direitos fundamentais se encontram veiculados no título próprio. Isto é, há direitos fundamentais que podem ser encontrados em outros setores do texto constitucional. A solução encontrada pelo autor alemão é complementar o rol dos enunciados normativos de direito fundamental tomando por base o artigo 93, parágrafo primeiro,

---

<sup>6</sup> Tradução nossa. Nos originais “El *primero* consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho fundamental, presupone um criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental em aquéllos que expresan normas de derecho fundamental y aquéllos que no. El *segundo* problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental.”

4, da Lei Fundamental Alemã, que alude a direitos que podem ser objeto de recurso de inconstitucionalidade.

As propostas para se delimitar um conceito formal de direitos fundamentais em relação à Lei Fundamental Alemã, contudo, parecem abrir caminho para sua própria crítica. É que caso não haja uma indicação precisa de quais enunciados da constituição são de direitos fundamentais, o conceito formal, tomado isoladamente, torna-se inviável. Isso parece ficar bem acentuado quando se compara a Lei Fundamental Alemã com a CRFB/88. Se na Lei Fundamental Alemã há capítulos ou enunciados específicos com expressa menção a quais são os direitos de caráter fundamental, o mesmo não ocorre no Brasil. Apesar de existir na CRFB/88 um título próprio trazendo um catálogo de direitos fundamentais, não se afasta a idéia de que em outros setores do texto constitucional eles também poderão ser encontrados. Mais que isso, dentro do título próprio dos direitos fundamentais há enunciado normativo (artigo 5º, parágrafo 2º) que faz alusão à existência de outros direitos fundamentais, não expressamente referidos como tal.

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, a adoção de um critério formal, ainda que seja defensável para o caso da Alemanha, não pode ser tomado como único para o caso da CRFB/88, pois ela própria faz menção a uma qualificação dos direitos fundamentais em razão de seu conteúdo e não apenas em razão de constarem expressamente do texto constitucional e menos ainda em razão de se situarem em título próprio.

É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), ... (SARLET, 2004, p. 87-88).

Vale registrar que mesmo em relação a Lei Fundamental Alemã, Alexy (2002, p. 505) admite que o caráter fundamental dos direitos também possui um aspecto



material, na medida em que servem de parâmetro para “a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.<sup>7</sup>

A tentativa de se estabelecer um conceito material de direitos fundamentais, contudo, não se apresenta menos problemática que a conceituação meramente formal. Conforme observa Miranda (2000, p. 49-50) diversas são as teorias que buscam vincular o conteúdo dos direitos fundamentais a certas ideologias ou valores básicos. Tais teorias, ao mesmo tempo em que conflitantes, tomadas isoladamente não podem ser reputadas completas, nem poderão ser invocadas ou aplicadas sem a consideração do direito positivo (especialmente do direito constitucional positivo) vigente. Parece seguir a mesma direção a advertência de Sarlet (2004, p. 88):

Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa, e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada.

Daí porque a conceituação material de direitos fundamentais a ser adotada leva em consideração a própria CRFB/88 e os parâmetros que são por ela estabelecidos como identificadores dos direitos fundamentais. Voltando a atenção novamente para o artigo 5º, parágrafo 2º da CRFB/88, identificaríamos como direitos fundamentais aqueles direitos que são reconhecidos como constitutivos das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, 1998, p. 379) na medida em que sejam decorrentes do princípio da dignidade humana (SARLET, 2004, p. 105), do princípio democrático (HÄBERLE, 2003, p. 20) e de outros princípios fundamentais da CRFB/88 e do regime por ela adotado.

A adoção do critério material não afasta por completo o critério formal de identificação dos enunciados normativos de direito fundamental. É que estes devem estar sempre presentes na constituição ou em documentos normativos equivalentes. No caso dos direitos fundamentais da ordem jurídica brasileira, se, por um lado, o artigo 5º, parágrafo segundo da CRFB/88 traz a previsão de que poderão ser reconhecidos direitos fundamentais por meio de tratados ou convenções

---

<sup>7</sup> Tradução nossa. Nos originais “... la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad.”

internacionais, o parágrafo terceiro do mesmo artigo 5º da CRFB/88 atribui eficácia de emenda constitucional a tais documentos normativos.

Os direitos fundamentais se enquadram dentro do amplo conceito de direitos subjetivos (GUASTINI, 2001, p. 232). É seguindo essa concepção que tais direitos serão classificados a seguir.

### **2.3.3 Classificação dos direitos fundamentais**

A classificação é atividade por meio da qual certos objetos que são reunidos em grupos (ou subgrupos) de acordo com suas semelhanças ou diferenças (COPI, 1978, p. 413-414). A ciência faz uso de classificações com o objetivo de aprimorar o conhecimento a respeito de certos objetos (ibid., p. 414) e, para tanto, a ciência pode se valer de diversos critérios ou esquemas de classificação.

Na medida em que podem ser vistos sob diversos enfoques, os direitos fundamentais podem ser classificados segundo diversos critérios. A respeito dessas diversas classificações, lembrando Carrió (1994, p. 98), não se pode falar que uma delas seja verdadeira e as demais são falsas, mas que serão úteis ou inúteis. Uma proposta de classificação dos direitos fundamentais, segundo determinado critério – assim como qualquer proposta de classificação de quaisquer objetos – será considerada como mais ou menos útil na medida em que se torna mais ou menos fértil “na sugestão de leis científicas” e mais ou menos “prestável na formulação de hipóteses explicativas” (COPI, 1978, p. 414).

São encontradas na doutrina classificações dos direitos fundamentais segundo seu conteúdo (SILVA, 2002, p. 182), sua função (NEVES, 1994, p. 70), ou segundo o valor ou bem com o qual se relacionam (SCHMITT, 1982, p. 175). Há também a classificação dos direitos fundamentais que os agrupa segundo o momento histórico-ideológico reputado como responsável pela sua positivação ou como sua inspiração. Fala-se então nas dimensões ou gerações<sup>8</sup> de direitos. Apesar da classificação dos

---

<sup>8</sup> Utilizaremos o termo “dimensões de direitos” em detrimento de “gerações de direitos”, pois “a idéia de ‘gerações’ (...) é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui,

direitos em dimensões ser amplamente empregada e, de certa forma, útil para compreensão do conteúdo dos direitos fundamentais, não há uma univocidade acerca de quais e de quantas seriam essas dimensões. De qualquer forma, vale uma breve incursão nessa classificação.

Os direitos de primeira dimensão são aqueles surgidos como resultado da ideologia liberal, cujo ápice se deu no século XVIII. São os direitos individuais, vistos como direitos de defesa, pois se apresentam como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2004, p. 517). Também se apresentam como direitos de primeira dimensão os direitos políticos, aqueles que se referem “à participação do indivíduo no processo do poder político” (TAVARES, 2002, p. 359).

A segunda dimensão de direitos está vinculada à crise do liberalismo ocorrida no século XX e ao surgimento de ideologias que buscavam sua superação (BONAVIDES, 2004, p. 517). Os direitos de segunda dimensão seriam os “direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades” (ibid., p. 517). Os direitos de segunda dimensão se apresentam como direitos que se relacionam com o ideal de igualdade e, de certa forma, “visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais” (TAVARES, 2002, p. 359). Enquanto os direitos de primeira dimensão são encarados como direitos de defesa, os de segunda dimensão se apresentam como “pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer tais direitos” (ibid., p. 360).

É preciso observar nesse ponto que não há um consenso sobre o preciso conteúdo dos direitos de segunda dimensão. Como visto, Bonavides (2004, p. 517) inclui na categoria dos direitos de segunda dimensão os “direitos coletivos ou de coletividades”, ao passo que Tavares (2002, p. 361) desloca os direitos coletivos, juntamente com os difusos, para a categoria dos direitos de terceira dimensão. Parece concordar com o segundo Ferreira (2002, p. 101).

Portanto, enquanto para Tavares (2002, p. 361) os direitos de terceira dimensão seriam aqueles “denominados coletivos ou difusos”, para Bonavides (2004, p. 522),

---

naturalmente, à outra, e assim sucessivamente” (TAVARES, 2002, p. 358), o que não ocorre com os direitos fundamentais.

os direitos de terceira dimensão teriam origem no último quarto do século XX, como resultado da tomada de “consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento”. Para esse autor, os direitos de terceira dimensão seriam os direitos de fraternidade ou solidariedade, entendimento similar ao de Ferreira Filho (2002, p. 286), como “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação” (BONAVIDES, 2004, p. 523). Vê-se que esses direitos poderiam ser qualificados dentro da categoria dos coletivos ou difusos – ou, como prefere Leite (2001, p. 46), metaindividuais – mas isso não parece significar que, para esse autor, todos os direitos coletivos sejam direitos de terceira dimensão.

Fala-se ainda em direitos de quarta dimensão. Esses seriam os direitos que visariam à universalização dos direitos fundamentais: “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo” (BONAVIDES, 2004, p. 525).

Uma outra classificação dos direitos fundamentais leva em consideração o tipo de relação jurídica no qual ele se situa. Para sua melhor compreensão é preciso resgatar o conceito de direito subjetivo.

Direito subjetivo é “uma vantagem conferida a um sujeito (ou a uma classe de sujeitos) frente a outro sujeito (ou a outra classe de sujeitos) a quem se impõe um dever (uma obrigação) correlativo” (GUASTINI, 2001, p. 232).<sup>9</sup> Tudo isso em virtude de uma norma jurídica. Em outras palavras, as normas de direitos fundamentais fazem nascer direitos subjetivos (os direitos fundamentais) de que são titulares as pessoas, tomadas em sua individualidade ou coletivamente.

Os direitos subjetivos, na precisa lição de Vilanova (2000, p. 241) aparecem em contraposição aos deveres jurídicos na relação jurídica. A relação jurídica, como qualquer outra relação, “é uma estrutura com *termos* e um *operador*” (ibid., p. 120). Os termos da relação jurídica são os sujeitos de direito (ibid., p. 239), cada um em

---

<sup>9</sup> Tradução nossa. Nos originais “... una ventaja conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) al que se le impone un deber (una obligación) correlativo”.

um pólo da relação. O operador dessa relação é um “dever ser”, que expressa a posição de um exigir de outrem determinado comportamento.

Para Vilanova (1997, p. 78) o “conectivo *dever-ser* triparte-se em três relacionais específicos: obrigatório (*O*), proibido (*V*) e permitido (*P*)”, sendo estas, para Kelsen, as “três ‘funções normativas’” (ibid., p. 77). Com isto se quer dizer que o direito subjetivo poderá se traduzir na possibilidade de se exigir um fazer (modal obrigatório ou *O*), na possibilidade de se exigir um omitir (modal proibido ou *V*) ou, ainda, na possibilidade de se realizar um dado comportamento, exigindo que tal possibilidade seja suportada ou tolerada (modal permitido ou *P*).

Considerando os três modais deônticos (*O*, *V* e *P*), torna-se possível classificar os direitos fundamentais em três modalidades: direitos a uma prestação positiva, direitos a uma prestação negativa e, ainda, direitos de liberdade, em que se permite ao titular realizar ou não realizar uma conduta.

Os direitos a uma prestação positiva seriam aqueles que conferem aos destinatários a possibilidade de exigir do Estado um fazer. Segundo Alexy (2002, p. 194-5), podem ser de dois grupos: direitos a uma prestação fática e direitos a uma prestação normativa. Tal subdivisão é problemática, pois a “prestação fática” que concretiza determinado direito fundamental não terá relevância apenas no plano fenomênico, pois estará expressa também por meio de normas jurídicas (no caso, concretas e individuais). Daí porque preferimos falar em direitos a uma prestação positiva ora como direitos a uma prestação normativa concreta, ora como direitos a uma prestação normativa abstrata.

Já os direitos a uma prestação negativa seriam aqueles que correspondem a uma proibição dirigida ao Estado, enquanto que os direitos de liberdade – nomeados por Alexy (ibid., p. 218) tão somente por liberdades jurídicas – seriam aqueles em que se faculta o titular a realizar ou não um dado comportamento.

Tal classificação nos auxilia a identificar quais condutas (normativas, em especial) se pode esperar do Estado e, conseqüentemente, permite uma melhor análise quanto à

compatibilidade entre a ação normativa do Estado realizada e aquela determinada pelas normas de direitos fundamentais.

Por outro lado, a classificação dos direitos fundamentais em razão da função normativa desempenhada pela norma de direito fundamental serve para crítica da tradicional visão dos direitos de “primeira dimensão” como “direitos de defesa” (impondo ao Estado um dever de abstenção) e dos direitos de segunda dimensão como direitos que reclamam do Estado prestações positivas (ARAUJO & NUNES JÚNIOR, 1998, p. 64-65). O direito à vida, tido como direito individual de primeira dimensão, ao mesmo tempo em que possui uma face em que exige o respeito do Estado ao indivíduo (direito à não afetação de situação jurídica/direito de defesa), possui uma outra que exige prestações positivas do Estado, como a segurança pública. Por outro lado, o direito à saúde, ao mesmo tempo em que exige do Estado uma organização e a tomada de ações concretas para prestação do serviço de saúde, impõe ao Estado a proibição de ações que coloquem em risco a saúde pública (SILVA, 2002, p. 308).

## **2.3.4 “Colisão” de direitos fundamentais**

### **2.3.4.1 Problemas da interpretação dos enunciados de direito fundamental**

As normas jurídicas constitucionais possuem certas características que trazem importantes reflexos para sua interpretação. Em especial, a posição e a função da constituição no ordenamento jurídico levam o intérprete a deparar com problemas incomuns em outros setores normativos e, ao mesmo tempo, obrigam-no a tomar certos cuidados para a compreensão de seus enunciados.

Um dado relevante para a atividade de interpretação da constituição é sua unidade. Editada a constituição em determinado momento e local, todas as normas que a compõem ingressam em um mesmo patamar hierárquico no ordenamento jurídico (o posto máximo na hierarquia normativa). Por outro lado, todos os dispositivos da constituição devem ser tomados como significantes de proposições normativas, ou

seja, expressam normas jurídicas. Isto quer dizer que não se admite a contradição entre normas constitucionais originárias, pois admiti-las seria admitir a anulação (parcial) do texto constitucional por ele próprio.

A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas sejam evitadas. Somente uma tal resolução do problema corresponde a esse princípio, que se mantém em consonância com as decisões fundamentais da Constituição e se preserva da restrição unilateral a aspectos parciais. (HESSE, 1998, p. 65)

A compreensão da constituição exige seja ela tomada como unidade, o que, contudo, não quer dizer seja tal tarefa livre de problemas (HESSE, *ibid.*, p. 38-39). Compatibilizar os dispositivos constitucionais para formar um discurso coerente demanda a solução de “situações de tensão” (SARMENTO, 2001, p. 37).

Tais “situações de tensão” poderão ter várias origens. Em parte, têm origem naquilo que se convencionou denominar como a “abertura e amplitude” da constituição (HESSE, 1998, p. 54).

Como a constituição se presta a servir de fundamento para o ordenamento jurídico positivo, seus enunciados são elaborados com grande abstração. Isto é, os enunciados constitucionais são construídos no intuito de servir, a um só tempo, de limitação ou determinação do conteúdo de um vasto conjunto de normas jurídicas. Esse processo de abstração ou generalização pode levar a enunciação de dispositivos, ou a utilização de símbolos (palavras) dotados de enorme vagueza e/ou ambigüidade. De acordo com Ferraz Jr. (1994, p. 258), as notas de vagueza e ambigüidade estão presentes na maioria dos símbolos da língua natural. Tratando-se do texto constitucional, tais notas parecem se fazer presentes de forma ainda mais intensa.

As características de “abertura e amplitude” do texto constitucional, diga-se de passagem, ganham especial destaque no exame dos enunciados normativos de direito fundamental. Além de sua ampla abrangência e de estarem vertidos em enunciados vagos ou ambíguos, os direitos fundamentais trazem uma carga

emocional, o que pode trazer dificuldades ainda maiores para definição de seu conteúdo.

Os textos constitucionais, em especial seus catálogos de direitos, destacam certos valores considerados básicos em uma certa sociedade, a eles fazendo expressa referência. Nos catálogos de direitos fundamentais, encontramos a menção a valores como proteção à vida, igualdade e liberdade. A referência a tais valores no texto constitucional exige que as demais normas que compõem o ordenamento sejam com eles compatíveis. Entretanto, a definição dos limites dos conteúdos desses e de outros tantos valores consagrados em normas constitucionais é de grande dificuldade em função de variados sentimentos despertados pelos enunciados normativos de direitos fundamentais. Vejam-se as discussões a respeito de eutanásia, aborto e medidas contraceptivas no que se refere à proteção à vida. Em situações como essa, envolvendo direitos fundamentais, sentimentos, paixões e valores pessoais são despertados, pois o discurso constitucional possui enorme impacto emotivo. É difícil imaginar um catálogo de direitos que não tenha esse atributo. Para Copi (1978, p. 68) não se pode dizer que a linguagem emotiva seja uma anomalia, porém “é mais um obstáculo que uma ajuda” quando tentamos raciocinar sobre os fatos de forma objetiva.

Uma outra dificuldade para a interpretação do texto constitucional pode estar na existência de normas constitucionais “de matrizes ideológicas antagônicas, que ao incidir sobre casos concretos, podem indicar soluções diametralmente opostas” (SARMENTO, 2001, p. 37). Assim, valores aparentemente, ou à primeira vista, antagônicos são referidos em enunciados de um mesmo texto constitucional. Caso fossem tais enunciados tomados isoladamente, além da dificuldade de determinação da extensão de seu conteúdo, poderiam entrar em verdadeiro “choque” com o significado de outro(s) enunciado(s) da mesma constituição.

A chamada “colisão de direitos fundamentais” está inserida nesse contexto. O que se denomina por colisão de direitos fundamentais ocorre quando, diante de uma situação concreta, a significação de um enunciado de direito fundamental entra em choque com a significação de um outro enunciado de direito constitucional, podendo este outro enunciado ser ou não de direito fundamental.



### 2.3.4.2 Colisão de significações e não de direitos fundamentais

Ao situarmos a “colisão de direitos fundamentais” como questão típica da interpretação dos enunciados normativos constitucionais, é preciso apresentar um método que seja capaz de lidar com essa questão e possa oferecer meios de superá-lo. Para tanto, tomaremos de empréstimo o modelo de interpretação proposto por Carvalho (2004, p. 59-80), que se baseia na distinção já apresentada entre enunciados normativos e normas jurídicas.

Segundo tal método de interpretação, são três os planos que o intérprete percorre para construir o significado da proposição normativa: o plano da literalidade dos enunciados ou dos significantes normativos (S1); o plano das significações dos enunciados normativos (S2) e o plano dos significados articulados sob a forma de norma jurídica (S3). O processo interpretativo se inicia em “S1”, quando o intérprete depara com “os suportes físicos dos enunciados prescritivos” (ibid., p. 77). Nessa etapa o intérprete delimitará o campo de sua investigação, identificando o conjunto de enunciados que servem de expressão para a mensagem normativa. Nesse momento, os enunciados são tomados em sua literalidade. Quando parte em busca das significações, o intérprete já se situa em “S2”, etapa em que irá colher os dados necessários para compreensão dos comandos normativos. Entretanto, nesse momento ainda não se deve falar em normas jurídicas (ibid., p. 70), pois aí as significações dos enunciados aparecerão “soltas”, isto é, haverão apenas “sentidos isolados de fórmulas enunciativas” (ibid., p. 75). O processo de interpretação se completará em “S3”, quando essas significações isoladas serão articuladas sob a forma de juízos hipotético-condicionais (ibid., p. 78) e confrontadas com as demais proposições normativas do ordenamento jurídico no intuito de com elas se harmonizar.

É preciso advertir que esse processo de interpretação não é feito de forma linear e em via de mão única. O intérprete transitará entre os planos “S1”, “S2” e “S3”, retornando a etapas já percorridas sempre que isso for necessário para a obtenção do conteúdo da norma jurídica.

No caso de uma interpretação voltada à concretização dos comandos constitucionais, é possível que significações isoladas, obtidas de enunciados constitucionais diversos, apontem soluções conflitantes. Tome-se, como exemplo hipotético, a existência de informações, na posse de jornalista, de um possível envolvimento de figura pública na prática de atos ilícitos. Se fossem tomados separadamente os enunciados constantes dos artigos 5º, inciso X e 220, parágrafo 1º da CRFB/88, seria possível falar em duas soluções antagônicas fundadas no texto constitucional: o artigo 5º, inciso X, que estabelece a proteção à honra das pessoas, fundamentaria a pretensão de impedir que tais informações fossem divulgadas; artigo 220, parágrafo 1º, que alude à liberdade de informação jornalística, justificaria a publicação das informações obtidas.

Em casos como esse, em que significações de enunciados constitucionais, tomadas de forma isolada, apontam soluções distintas para certo caso concreto, ocorre a denominada “colisão de direitos fundamentais”.

Buscando uma maior precisão, deve ser observado que a colisão não ocorre, propriamente, entre direitos fundamentais – enquanto direitos subjetivos – ou entre um direito fundamental e um outro comando de índole constitucional. Fazendo referência ao esquema de interpretação de Carvalho (ibid., p. 59-80), a colisão ocorre em “S2”, onde ainda não se pode falar em normas jurídicas e, conseqüentemente, em direitos subjetivos fundamentais. A colisão é entre significações quando ainda tomadas de forma destacada do todo que integram – “S2” – e se resolverá em “S3”, quando então o intérprete as articulará, sempre observando todo o conjunto normativo constitucional.

O esquema de interpretação apresentado ilustra o momento do surgimento e a causa da colisão, enquanto questão originada no momento em que o intérprete toma as significações dos enunciados normativos constitucionais e que deverá estar superada no momento final, em que identificará as normas jurídicas constitucionais. Entretanto ali não ficam definidas quais medidas deverão ser adotadas para superar a colisão entre as significações, sendo então necessária a referência a técnicas próprias da interpretação constitucional.

### 2.3.4.3 Ponderação e proporcionalidade

Verificada a situação de choque entre a significação de um enunciado de direito fundamental e uma outra significação de um enunciado constitucional (seja ele de direito fundamental ou não), o intérprete depara com a missão de definir, sempre com referência à constituição, qual comando deverá ser aplicado à situação que despertou a colisão. Entretanto, problemas de colisão de significações de enunciados normativos constitucionais não são solucionados com base nas tradicionais técnicas de resolução de conflitos normativos.

Em primeiro lugar, o critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) é inútil na medida em que os enunciados se encontram todos no texto constitucional. Em segundo lugar, o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) é imprestável quando os enunciados constitucionais são produzidos em um mesmo momento. Em terceiro lugar, o critério de especialidade (*lex specialis derogat lei generali*) só possui serventia nas antinomias entre norma geral e norma especial, pouco usuais no direito constitucional.

Ocorre que o método de especialidade só pode ser utilizado nas antinomias do tipo *total-parcial*, pois só nestas se estabelece entre normas em confronto uma relação do tipo *geral* → *especial*. Tal espécie de antinomia não é comum no campo constitucional, sendo muito mais usual a ocorrência de 'intersecção parcial' entre os domínios normativos dos cânones constitucionais, configurando antinomia do tipo *parcial-parcial*, a qual não enseja a aplicação do método de especialidade. (SARMENTO, 2001, p. 42-43).

Tais critérios só possuiriam uma maior aplicação prática em relação às emendas constitucionais, pois sua elaboração pode ser limitada pelas normas constitucionais originárias (valendo então o critério hierárquico). Por outro lado, os enunciados introduzidos por emenda constitucional podem ser incompatíveis com os enunciados antes existentes, tendo então aplicação os critérios cronológico e de especialidade.

Outro dado relevante é que os critérios tradicionais para resolução de antinomias trazem como, resultado, a retirada da validade de uma norma por uma outra, ou de redução de seu campo de atuação. Em se tratando de colisão das significações de

enunciados de direitos fundamentais, não se pode falar em invalidação de uma norma por outra, até porque, abstratamente, não se percebe incompatibilidades. A colisão só será percebida quando se está à busca de uma resposta para uma situação concreta.

Os casos de colisão de significações de enunciados de direito fundamental serão resolvidos por meio da denominada ponderação de bens ou valores, quando o intérprete se vê diante de uma situação em que dois valores referidos ou consagrados nas disposições constitucionais podem ser invocados cada um apontando para solução distinta. Passa-se a resolução da colisão por meio da ponderação, em que se determinará que, para aquela situação concreta, um valor deverá prevalecer sobre outro.

Ao se falar em ponderação de valores, é preciso um esclarecimento sobre o que se entende sobre valor. Valores são critérios que se prestam a mensurar ou qualificar certos objetos em razão de um interesse, desejo ou vontade (ALEXY, 2002, p. 143-144). Os valores pertencem ao nível axiológico (ibid., p. 141), sendo medidas que determinam algo como bom ou não.

A tomada de posição anterior quanto à adoção de um conceito formal de direito positivo não é contraditória com a afirmação presente de que as normas jurídicas expressam um valor. É que, conforme leciona Vilanova (2003, p. 46-50), a adoção de um conceito formal de direito, ainda que este se apresente parcial e abstrato, é necessária para que este possua aplicabilidade universal, diante das possíveis variações do conteúdo das normas jurídicas e dos elementos da experiência. “Se esse conceito é uma categoria do conhecimento aplicável a toda experiência jurídica, real ou possível, há de deixar em suspensão o fundamento último do direito” (ibid., p. 50-51). O conceito formal de direito positivo abre espaço para a idéia de que as normas jurídicas, como quaisquer proposições normativas, são formulações normativas de um valor (ibid., p. 46), isto é, implicam “uma tomada de posição prévia ante um valor” (ibid., p. 50).

O texto constitucional faz alusão a valores quando, por exemplo, prega a igualdade, a solidariedade ou a liberdade. O que ocorre é que quando se está diante de uma

conduta que receberá a regulação pelo ordenamento constitucional, pode ser que esta seja considerada como valiosa ou boa em relação a um dos valores constitucionais, ao passo que não valiosa ou má em relação a um outro. A partir de certos enunciados constitucionais, construímos significações que se apresentam como critérios de valoração, sendo que uma única conduta pode ser considerada como valiosa para significação de um enunciado normativo constitucional, porém não valiosa para a significação de um outro enunciado normativo constitucional.

A colisão, portanto, ocorre quando as significações dos enunciados normativos constitucionais se apresentam como valores (critérios de valoração) que, qualificando uma mesma conduta, geram resultados distintos: perante um deles a conduta é qualificada como valiosa, enquanto perante um outro, não valiosa.

A idéia de colisão das significações de enunciados normativos constitucionais se aproxima da noção de colisão de princípios desenvolvida, em especial, por Alexy (2002, p. 138-147). O que Alexy entende por princípios (mandatos de otimização) é aqui entendido como as significações de enunciados normativos constitucionais que expressam critérios de valoração de condutas. Por essa razão, o método para a solução de colisão das significações de enunciados normativos constitucionais será o método proposto por Alexy para a solução do que denomina colisão de princípios.

As situações de colisão, como antes destacado, não implicam em anulação de um princípio por outro, em razão da unidade da constituição. Nem serão resolvidos a partir da determinação de uma hierarquia entre as normas ou entre os valores consagrados na constituição, visto que daí não se pode extrair nenhuma relação de preferência entre seus elementos. A ponderação, enquanto método de resolução das situações de colisão, resultará no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada (ibid., p. 92). Isto é, havendo a colisão de significações, o valor expresso em uma delas prevalecerá sobre o outro em função de determinadas situações. Inicialmente, não há a preferência de um valor sobre outro. A relação de precedência de um valor sobre outro será determinada a partir da situação concreta examinada. A ponderação de valores, portanto, resultará na determinação de que, sob certas condições, determinado valor deverá ser aplicado e um outro afastado, o

que não significa exclusão de um valor pelo outro, nem que, quando se tratar de situação diversa, o valor antes preterido não possa prevalecer sobre aquele outro.

O resultado da ponderação de valores permite ao intérprete transitar para o plano dos significados articulados sob a forma de norma jurídica (S3). Nesse momento, terá o intérprete identificado qual o comando imposto pela constituição à determinada situação. Em termos mais precisos, o intérprete terá identificado a norma que terá em seu antecedente (pressuposto de fato, hipótese) as condições ou situações que levam a precedência de um valor sobre outro e como conseqüente (mandamento, tese) a expressão normativa desse valor. Similar é a conclusão de Alexy (ibid., p. 98). Levando em consideração que a distinção por ele promovida entre princípios e regras equivale, aqui, às significações de enunciados e aos significados articulados sob a forma de normas jurídicas, sua conclusão pode ser aqui adotada, tendo em vista a afirmação de que o resultado da ponderação de princípios é a formulação de uma regra implícita de direito fundamental, que possui em seu antecedente nada mais são do que as condições que levaram a precedência de um princípio (ibid., p. 95-98).

Resta ainda a questão de como se determinará quais critérios deverão ser observados para elaboração da relação de precedência de um princípio sobre outro, ou seja, de que forma uma certa situação torna preferencial um valor em relação a outro. Neste ponto residem algumas críticas ao método da ponderação de valores, como observa Sarmiento (2000, p. 146). Fala-se então em casuísmo ou subjetivismo, irracionalidade do método, negativa à aplicação de preceitos constitucionais e insegurança jurídica.

Os defensores do método da ponderação de valores afirmam que a ponderação de interesses é método racional a partir do qual se estabelece uma relação de precedência condicionada, a qual deverá estar devidamente fundamentada nas decisões judiciais (ALEXY, 2002, p. 157-169). Por outro lado, o princípio da proporcionalidade seria de grande valia na determinação da relação de precedência condicionada (SARMENTO, 2000, p. 146).

De acordo com o princípio da proporcionalidade, três fatores entram em cena no que se refere ao estabelecimento dos limites aos valores constitucionais: necessidade, adequação e ponderação. A necessidade se refere ao meio empregado para se atingir um dado fim definido por um valor. Para se atingir tal fim, poderiam, em princípio, ser empregados diversos meios. No entanto, deverá ser privilegiado o meio que não atinja outros valores previstos pela Constituição. Se, por outro lado, qualquer meio empregado afeta um outro valor, então deverá ser verificado, segundo a regra da ponderação, se deve ou não ser adotado um certo meio para a realização do fim previsto pelo valor. Em relação à adequação, deve ser verificado se certo meio se presta para a obtenção de um fim exigido por um valor. Se não há diferença na utilização de um certo meio para a realização de um certo valor e se esse meio afeta a realização de outro valor, então tal meio estaria proibido (ALEXY, 2002, p. 111-115).

Quanto à crítica de que a ponderação resultaria em afastar a aplicação de certas normas constitucionais, inclusive e especialmente, de direitos fundamentais, pode-se dizer que, a rigor, não são afastadas normas, pois a ponderação atua, especificamente, no processo de interpretação e conseqüente identificação das normas constitucionais. Por outro lado, não se pode dizer que na constituição existam valores que, em princípio, sempre devam prevalecer sobre outros, daí porque

... a coexistência de diversos direitos fundamentais, ao lado de outros princípios constitucionais igualmente relevantes, impõe inexoravelmente a relativização de cada um, como imperativo da manutenção da unidade e da coesão do ordenamento. (SARMENTO, 2000, p. 145).

Por outro lado, a alegada insegurança jurídica decorrente da dificuldade na determinação precisa do conteúdo das normas constitucionais não pode ser atribuída ao método de ponderação. Kelsen (1995, p. 387-391) já observava haver uma certa indeterminação no ato de aplicação das normas jurídicas em geral. Essa indeterminação poderia ser intencional quando se autorizasse que outro órgão determinasse parte de seu conteúdo, com vistas a seguir o percurso de regulação das condutas (processo de positivação). Mas também poderia ser não intencional, quando, por exemplo, os enunciados normativos admitissem uma pluralidade de

significações, ou quando fosse possível identificar e admitir uma discrepância entre a expressão verbal da norma e a vontade daquele que a produziu (como nos casos em que se prevê que a interpretação dos contratos deverá levar em consideração a vontade das partes), ou, ainda, quando normas antagônicas estão contidas em uma mesma lei.

Nota-se aí que uma certa indeterminação do conteúdo dos textos normativos não é privilégio do texto constitucional. Também é comum em relação aos textos legais. No caso específico da colisão de significações de enunciados normativos constitucionais estaríamos diante de um caso de indeterminação não intencional da norma a aplicar, o que torna possível apenas estabelecer “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” (KELSEN, 1995, p. 390). Serão os tribunais, aplicando o direito com referência a situações concretas, que farão o que Kelsen denomina de interpretação autêntica das normas gerais, definindo o conteúdo da norma individual conforme a moldura normativa estabelecida por aquelas (ibid., p. 394). Mesmo que tais lições não se refiram especificamente ao caso da colisão de significações de enunciados normativos constitucionais, são perfeitamente aplicáveis a tal hipótese. Aliás, diante da denunciada indeterminação dos atos de aplicação de normas, o método de ponderação de valores aparece como uma solução racional e controlável diante dos casos de colisão.

## 2.4 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

### 2.4.1 A norma inconstitucional

Como se viu anteriormente, a constituição é composta por normas que autorizam a produção de outras normas, principalmente abstratas e gerais. Suas normas determinam os órgãos ou agentes credenciados para produzir normas, o procedimento para sua criação e, no mais das vezes, seu possível conteúdo (negativa ou positivamente). Normas que prescrevem como outras normas devem ser criadas são normalmente qualificadas como “normas de estrutura”, o que não significa que não se caracterizam como normas que regulam condutas. As normas



de estrutura são normas que regulam condutas especiais: a atividade de enunciação ou produção normativa.

As normas constitucionais são sempre normas que regulam a produção de outras normas. Seja definindo a forma de produção (agente e procedimento), seja delimitando o conteúdo, as normas constitucionais se voltam a prescrever como outras normas jurídicas devem ser criadas. Mesmo as normas de direitos fundamentais podem ser vistas dessa forma. Conforme leciona Peixoto (2004, p. 44-45), com exceção das normas concretas, todas as demais poderiam ser qualificadas como normas de estrutura ou, como prefere, normas que orientam condutas normativas.

As normas de estrutura não se encontram apenas na constituição. Há normas de estrutura nas leis, na medida em que estas estabelecem como devem ser elaboradas as normas contratuais ou as sentenças. Podem até mesmo se fazer presente em atos infralegais, quando nestes, por exemplo, se verifica a distribuição de atribuições a determinadas autoridades administrativas para a edição de certos atos. O ponto fundamental de distinção entre as normas da constituição que tratam da geração de normas e aquelas outras previstas em leis ou outros textos normativos é que as normas constitucionais se apresentam como o ponto de partida do ordenamento jurídico positivo no caminho dirigido à regulação das condutas. As normas constitucionais, portanto, são aquelas que se encontram em um dos extremos do processo de positivação, servindo de fundamento último de validade no ordenamento jurídico positivo.

Já foi dito que as normas constitucionais estabelecem o processo de criação de normas, os órgãos credenciados a tanto e, em certo grau, seu conteúdo. Daí se pode ver que são três as possibilidades de contrariedade às normas constitucionais que regulam a criação de outras normas: quando o órgão credenciado não observa a forma, o prazo ou o rito prescrito na constituição para produção da norma; quando o órgão que emitiu a norma não possui autorização constitucional para tanto ou quando o conteúdo da norma é incompatível com preceito da constituição. A norma que apresentar uma dessas formas de incompatibilidade com a constituição será considerada uma norma inconstitucional.

Para melhor explicitarmos o fenômeno da inconstitucionalidade, apresentamos a seguir algumas formas possíveis de sua manifestação.

## **2.4.2 Classificações da inconstitucionalidade das normas**

### **2.4.2.1 Inconstitucionalidade direta e indireta**

Afirmamos anteriormente que a constituição serve de fundamento último de validade de todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico positivo. Com isto não quisemos afirmar que a constituição serve como fundamento único, imediato ou direto de validade para todas as demais normas. Há os casos em que normas jurídicas são produzidas com base em normas constitucionais, o que significa dizer que estão a estas imediatamente ou diretamente subordinadas. Mas não deixamos de observar que há normas que não estão subordinadas imediatamente à constituição.

Mesmo que possa a constituição ser vista como fundamento último de sua validade, certas normas jurídicas serão produzidas com fundamento em normas de nível infraconstitucional. É o caso de normas concretas e individuais tais como os contratos ou atos administrativos que são editados com fundamento nas normas abstratas e gerais contidas em leis, ou ainda do decreto que também tem por fundamento a lei. É certo que, nesses últimos casos, é a própria constituição que determina que os contratos, os atos administrativos e os decretos observem às prescrições contidas nas leis (ao enunciar o princípio da legalidade). Porém, a violação à constituição, nesses casos, se daria de forma indireta ou mediata.

Quando a norma deve ser criada tomando a constituição como seu fundamento direto, o não atendimento a esta acarretaria em inconstitucionalidade direta ou imediata. Já quando a norma é criada em desacordo com a norma que lhe serve de fundamento, sendo esta de nível infraconstitucional, ainda que se possa falar em não atendimento à norma constitucional, este seria apenas indireto ou mediato, daí porque se falar em inconstitucionalidade indireta ou mediata.

Falar em inconstitucionalidade indireta ou mediata faz com que o conceito de inconstitucionalidade se torne demasiadamente amplo, na medida em que “todas as violações normativas seriam reduzíveis a uma questão de inconstitucionalidade” (TAVARES, 2002, p. 176). A inconstitucionalidade, entretanto, deve ser entendida em sentido mais restrito, sendo considerada quando a incompatibilidade entre determinada norma e a constituição seja direta ou imediata. “Inconstitucionalidade (...) dá-se apenas entre a lei e a Constituição, numa relação direta, sem que ocorra qualquer intermediação de outros atos jurídicos entre ambas, ...” (ibid., p. 176). A hipótese de inconstitucionalidade indireta ou mediata fica mais bem caracterizada como hipótese de ilegalidade, ou mesmo de possível invalidação por infração de dispositivo infra-legal (NEVES, 1988, p. 72-73). Também nesses casos haveria fundamento para a invalidação da norma criada em desacordo com o que prescreve a ordem jurídica, porém a causa para tal invalidação seria a infração a norma não constitucional.

#### 2.4.2.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

Já afirmamos em diversas passagens, a constituição traz normas que prescrevem como outras devem ser criadas. Nesse sentido, a constituição pode ser vista como um conjunto de normas que credenciam certos agentes (pessoas ou órgãos) a criar normas jurídicas. A constituição confere, a determinados agentes, aptidão para regular certas condutas por meio da edição de normas jurídicas.

O fato dessas aptidões para criação de normas jurídicas estarem contidas em normas constitucionais já revela que seu exercício será limitado. Daí porque se falar que a constituição atribui competências e não poderes.

Enquanto o poder não sofre limitação jurídica alguma, a competência nasce limitada, exatamente por ser disciplinada pelo Direito. As regras de um sistema jurídico-positivo têm, entre outros, o escopo de delinear a competência dos órgãos do Estado. De modo diverso, o Direito não se imiscui no exercício do poder. (MENDONÇA, 2004, p. 40).

Essa limitação, inerente à idéia de competência, é normalmente vista sob duplo aspecto: o formal e o material. A limitação do tipo formal diz respeito à determinação

do órgão capacitado para criar a norma e do procedimento a ser observado para sua elaboração, ao passo que a limitação material diz respeito à determinação do conteúdo das normas que serão criadas (ibid., p. 76-78). Esses limites voltarão a ser examinados em seguida. No momento, o que é preciso afirmar é que o exercício da competência é regulado não apenas por normas que estabelecem a forma de produção ou o conteúdo da norma a ser produzida. O direito positivo também poderá estabelecer se o exercício da competência é uma mera faculdade ou se se constitui uma obrigação.

Como observa Mendonça (ibid., p. 74), Kelsen verificou que a atribuição de competência a determinado órgão (o que ele chama de autorização) pode se dar de duas formas: ou como mera faculdade, ou como uma imposição. Essa mesma questão é analisada de forma ligeiramente mais ampla por Peixoto (2004, p. 47) ao tratar do exercício da competência.

O exercício da habilitação para produzir normas válidas, seja na produção de leis a partir das referências constitucionais, seja na produção de atos administrativos ou sentenças judiciais a partir das referências legais/constitucionais, é orientado por três condicionantes básicas: (i) quanto à obrigatoriedade, permissividade ou proibição do próprio exercício da competência ante determinadas circunstâncias fácticas; (ii) quanto à forma de produção (referências de agente competente, procedimento, tempo e espaço) e; (iii) quanto aos limites materiais das normas a serem produzidas.

A partir dessa observação, Peixoto (ibid., p. 48-49) indica três tipos de normas que regulam o exercício da competência: a norma de competência-desempenho, a norma de competência-formal e a norma de competência-material. Essas duas últimas dizem respeito às limitações formal e material que serão examinadas com pouco mais cuidado no tópico seguinte. Já a norma de competência-desempenho é aquela “que impulsiona, por meio da atribuição de modais deônticos, o próprio exercício da competência” (ibid., p. 47). A norma de competência-desempenho, ao ser combinada com as normas de competência-material e de competência-formal, torna obrigatório, permitido ou proibido o exercício da competência.

Exemplificando, quando se fala na competência para edição de atos administrativos vinculados verificaremos que a norma de competência-desempenho será do tipo “obrigatória” (ibid., p. 105), da mesma forma que quando se tratar da competência

atribuída ao judiciário para julgar os conflitos de interesses (CAMPILONGO, 2002, p. 34). Por outro lado, a norma de competência-desempenho é do tipo “permissiva” no que se refere à aptidão da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios instituírem por meio de lei, com fundamento no artigo 145, inciso II, da CRFB/88, taxas em razão do exercício de poder de polícia (MENDONÇA, p. 283). Por fim, a norma de competência-desempenho é do tipo “proibitiva” quando se tratar do exercício de competência pelos Estados e pela União para legislar sobre assuntos de interesse local, por ser essa matéria reservada aos Municípios (artigo 30, inciso I, CRFB/88).

A menção à norma de competência-desempenho permite melhor análise sobre a inconstitucionalidade por ação ou por omissão.

Verifica-se a inconstitucionalidade por ação sempre que pessoa ou órgão edita norma sem estar autorizada pela constituição para tanto ou quando não observar a forma prescrita pela constituição. Isso pode ocorrer quando a norma de competência-formal prescreve determinada forma não observada ou quando credencia um outro agente, excluindo os demais, para exercer a competência ou, ainda, quando o conteúdo da norma criada não atende àquele contido na norma de competência-material. Tais situações serão objeto de abordagem no tópico seguinte.

Já a inconstitucionalidade por omissão pressuporia a existência, na constituição, de normas que estabelecessem o exercício da competência de forma obrigatória, ou seja, seria o desrespeito a uma norma de competência-desempenho de caráter obrigatório prevista na constituição.

Vale frisar que, em termos gerais, entende-se que as normas constitucionais conferem competências que serão exercidas dentro de certa margem de liberdade pelos agentes credenciados, em especial, pelos legisladores. Portanto, as normas de competência-desempenho no que se refere à criação de leis são, em geral, de caráter “permissivo”.

Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. Insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua *liberdade de conformação* a decisão de criar ou não a lei acerca de determinada matéria.

De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracteriza comportamento inconstitucional. (BARROSO, 2004, p. 33).

Tratando-se de norma de competência-desempenho de caráter permissivo, o “fazer” ou o “não fazer” (criar ou não criar a norma jurídica) são comportamentos aceitos pela constituição. Isso não ocorreria quando se tratasse de norma de competência-desempenho obrigatória. Nesse caso, haveria uma verdadeira obrigação para que os agentes credenciados criassem determinadas normas jurídicas. A não edição dessas normas, por conseqüência, importaria em inconstitucionalidade.

... nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão. (ibid., p. 33)

A inconstitucionalidade por omissão desperta inúmeros questionamentos, seja em relação à efetiva obrigatoriedade para edição de normas, seja no que diz respeito à existência e à eficácia dos mecanismos previstos para saná-la. Apesar da relevância do tema, salientamos que em virtude do corte metodológico anteriormente efetuado, focaremos nossa atenção sobre a inconstitucionalidade por ação, visto que a inconstitucionalidade por omissão não se apresenta como objeto de nossa análise.

#### 2.4.2.3 Inconstitucionalidade formal e material

Já se afirmou que as normas jurídicas se expressam nos enunciados contidos nos documentos normativos. A produção desses enunciados não é um ato qualquer, mas é uma atividade de enunciação especial, prevista e regulada pelo próprio direito e tomada por ele como capaz de gerar normas. Daí porque Greimas afirma serem as normas jurídicas o “dito do dizer do legislador” (*apud* Peixoto, 2004, p. 53). O *dizer* do legislador pode ser entendido como a atividade de enunciação, o processo de produção de normas como, por exemplo, o processo legislativo que tem seu ponto de partida com a iniciativa e o fim na publicação. O *dito* é o conteúdo dos enunciados normativos produzidos pelo legislador.

É certo que o produto dos atos de enunciação normativa conterà tanto a mensagem emitida pelo agente credenciado como as *marcas* do processo de enunciação. De um certo documento normativo extraímos não apenas quais condutas são devidas, mas também quem as prescreveu, quando ou mediante qual procedimento tais comandos foram elaborados. São estas marcas, aliás, que nos impõem o reconhecimento daquele texto como texto normativo.

Relembrando conceitos antes expostos, afirmamos que o dado de que dispõe o jurista é o documento normativo, que revela dois tipos de enunciados normativos: a enunciação enunciada, aquela porção do texto que nos remete a seus fatos enunciativos, permitindo identificar a pessoa, o espaço, o tempo e o procedimento de enunciação (PEIXOTO, 2004, p. 57-58) e o enunciado enunciado, que revela as mensagens introduzidas no texto (PEIXOTO, 2004, p. 58).

Uma breve incursão nesses conceitos de lingüística nos permite falar sobre a inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material. No primeiro caso, ocorre contrariedade àquelas normas constitucionais que regulam os atos de enunciação ou o processo de geração da norma jurídica. No segundo caso, a incompatibilidade se revela entre o teor dos enunciados enunciados do texto normativo e aquele que é estabelecido pelas normas constitucionais. Em outras palavras, a inconstitucionalidade material ocorre “quando o conteúdo da lei é incompatível com preceito da Constituição” enquanto a inconstitucionalidade formal se dá “quando a forma de elaboração da lei não corresponde ao modelo processual previsto na Constituição” (NEVES, 1988, p. 110).

A inconstitucionalidade formal pode se revelar de duas formas bem distintas. Uma se dá quando, da análise da enunciação enunciada, verifica-se que não se observou as normas constitucionais que determinam qual o órgão competente (pessoa), o momento (tempo) ou a forma (procedimento) previstos na constituição para criação de uma norma. Assim, tomando como exemplo o Estado Brasileiro, quando se verifica que determinado documento normativo foi criado sob a forma de lei ordinária, quando a constituição estabelecia que o procedimento adequado seria o relativo à lei complementar, estaremos diante de inconstitucionalidade formal por adoção de procedimento inadequado (BARROSO, 2004, p. 27). Ainda em relação ao

Estado Brasileiro, se um Estado Federado regula, ainda que por meio de lei ordinária, matéria de direito civil, incorrerá em inconstitucionalidade formal por falta de competência do agente credenciado (ibid., p. 26). A inconstitucionalidade formal pode acontecer também naqueles casos em que a constituição define que não poderão ser editadas normas em certas ocasiões (como faz a CRFB/88 quando proíbe a edição de emendas constitucionais enquanto perdurar a intervenção federal). Nesses casos haverá inconstitucionalidade formal por ter a enunciação normativa ocorrido em momento que a norma constitucional a impedia. Em todos esses casos, a inconstitucionalidade formal é verificada pela análise do próprio texto normativo, mais precisamente, das marcas nele contidas (enunciação enunciada) que nos fornecem dados sobre a atividade de enunciação. Não é necessário investigar os atos de enunciação normativa. O próprio documento normativo já revela que a enunciação se deu de forma incompatível com a constituição.

Mas a inconstitucionalidade formal poderá ocorrer também quando a enunciação enunciada contida no texto normativo não corresponde à atividade de enunciação efetivamente praticada. Isto é, determinado texto normativo é criado e nele há a referência a adoção de determinado procedimento, que, entretanto, não ocorreu. Nesses casos, a inconstitucionalidade formal não é percebida apenas pela análise do documento normativo. É preciso ir além, buscar os registros de todos os atos que culminaram com a criação do documento normativo e que irão, ao final, infirmar aquelas informações ou referências contidas na enunciação enunciada.

Não acatamos, portanto, o entendimento de que a inconstitucionalidade formal requeira sempre a análise de circunstâncias fáticas (em sentido contrário TAVARES, 2002, p. 183). Esta pode ser necessária em alguns casos. Em outros, a análise do próprio documento normativo denunciará se houve inconstitucionalidade formal.

Resgatando o que foi dito a respeito das normas de competência, podemos falar que encontramos na constituição a norma de competência formal, que prescreve a pessoa, o local, o tempo e o procedimento para enunciação normativa. Não a observar traria como consequência a inconstitucionalidade formal.



A inconstitucionalidade material, por sua vez, se revela quando não se observa a norma de competência material, aquela norma da constituição que prescreve o conteúdo da norma jurídica que se pretende elaborar. Quando a norma regula uma conduta de maneira não admitida ou proibida pela constituição, há inconstitucionalidade material. A inconstitucionalidade material é aquela verificada quando há incompatibilidade entre norma constitucional e a norma veiculada por meio dos enunciados enunciados do documento normativo.

#### 2.4.2.4 Inconstitucionalidade parcial e total

Tradicionalmente, entende-se como inconstitucionalidade total aquela que abrange “a íntegra do diploma legal impugnado”. Já a inconstitucionalidade parcial seria aquela que recai “sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles, inclusive uma única palavra” (BARROSO, 2004, p. 38). A questão, contudo, merece uma análise mais cuidadosa, pois tal afirmativa parte de uma perigosa confusão entre norma e documento normativo.

Relembrando a distinção anteriormente apresentada, temos que a norma jurídica é a proposição de caráter prescritivo cujo conteúdo é construído a partir, normalmente, dos enunciados normativos emitidos pelos agentes credenciados. Os documentos normativos seriam os locais em que encontramos tais enunciados, como as leis, as medidas provisórias, os decretos ou as sentenças.

Uma lei é um documento normativo. É composta por diversos dispositivos, artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Lá estão os enunciados normativos, que são as frases produzidas pelo legislador que recebeu da constituição habilitação para tanto. De posse do documento normativo, o intérprete passa a extrair desses enunciados suas significações, harmonizando-as com dados fornecidos por outros documentos normativos até a construção do sentido normativo completo.

Portanto, parece-nos mais adequado, até por coerência com as premissas adotadas nesse estudo, falar em inconstitucionalidade parcial e total de norma e não de lei. Até se admite que se possa falar em inconstitucionalidade de lei (total ou parcial), pois é ela o suporte físico das normas. Contudo, considerando que a

inconstitucionalidade é o estado de incompatibilidade entre uma norma constitucional e uma outra norma, entendemos insustentável uma classificação que se volta ao exame do documento normativo, que é um objeto diverso. Por outro lado, as técnicas utilizadas no controle de constitucionalidade como a “declaração parcial sem redução de texto” e a “interpretação conforme a constituição” revelam que a inconstitucionalidade é verificada no plano dos significados (norma) e não no plano dos enunciados normativos (documento normativo ou lei).

... quando o Supremo Tribunal Federal atribui a um texto um sentido conforme à Constituição, expungindo interpretações que levem a regras inconstitucionais, ou extirpando-as, no caso de impossibilidade da atribuição de sentido constitucional, está admitindo que o objeto do controle é a norma, não simplesmente o texto de lei. (PALU, 2001, p. 263)

Feitos esses esclarecimentos, é preciso agora estabelecer mediante quais critérios a inconstitucionalidade será total ou parcial. Mas para isso, é preciso tratar, separadamente, as hipóteses de inconstitucionalidade material e formal, assim como as hipóteses de inconstitucionalidade por omissão.

Na inconstitucionalidade material, a incompatibilidade está entre o conteúdo da norma constitucional e o conteúdo de uma outra norma. Mais precisamente, a incompatibilidade se dá entre a norma constitucional que estabelece o conteúdo possível de uma outra norma (norma de competência-material) e alguns ou todos os elementos que compõem a norma infraconstitucional. A norma de competência-material pode prescrever quais situações fáticas podem ser objeto de regulação, quais comportamentos podem ser prescritos e quais os possíveis sujeitos da relação jurídica a ser instaurada pela norma infraconstitucional. Estabelece quais os possíveis antecedente (circunstância fática regulada) e conseqüente (relação jurídica abstratamente considerada) da norma jurídica infraconstitucional.

Se um dos elementos (ou do antecedente ou do conseqüente) não se insere naqueles contidos na norma de competência-material, então se estará diante de inconstitucionalidade material total. Ou seja, se o fato regulado ou se a relação jurídica prevista na norma (comportamento prescrito e sujeitos da relação) se apresentarem como totalmente incompatíveis com a constituição, trata-se de hipótese de inconstitucionalidade material total.

Porém, pode a incompatibilidade ser apenas parcial. A norma criada pode estar em desacordo em relação a parte de seu conteúdo, quando regula determinada classe de fatos que vão a além daqueles autorizados pela constituição. Pode ocorrer também que dentre aqueles que são colocados como possíveis sujeitos da relação jurídica, alguns não possam nela figurar por obra da constituição. Nesses casos, houve excesso no exercício da competência e a inconstitucionalidade é do tipo material parcial.

Quanto às inconstitucionalidades formais, normalmente, afirma-se que, por regra, estas atingiriam todo o documento normativo (BARROSO, 2004, p. 38). A afirmação deve ser feita com cautela. Primeiro, a inconstitucionalidade alcança a norma e não propriamente o documento normativo. Segundo, há casos, inclusive já verificados, de inconstitucionalidades formais parciais.

Não restam dúvidas que, dependendo do vício de forma na produção do documento normativo, são passíveis de invalidação todas as normas que tenham como suporte físico os seus enunciados. Assim, o vício de iniciativa, a adoção de um rito incompatível com aquele previsto, a aprovação por um quorum que não atende ao exigido pela constituição seriam algumas das hipóteses em que todo o documento normativo seria alcançado.

Porém, há situações em que determinado documento normativo é produzido de forma totalmente regular, porém, traz um enunciado que, no todo ou em parte, trata de matéria que se insere na competência de outro agente credenciado, ou que deve ser objeto de um processo de formação diferenciado. Enquadra-se nessa última hipótese a instituição da contribuição previdenciária com fundamento no artigo 195, inciso I, da CRFB/88, em sua redação original, que foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 177.296, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 09.12.1994. A contribuição em questão, de acordo com tal dispositivo constitucional, deveria ser instituída por lei ordinária, podendo incidir sobre “folha de salários”. Porém, quando de sua instituição, foi prevista a incidência da contribuição também sobre remunerações pagas a “avulsos, autônomos e administradores”. A União Federal até possuía competência para

instituir contribuições sobre os valores pagos a “avulsos, autônomos e administradores”, porém, por não se enquadrarem no conceito de salários, essa contribuição deveria ter sido instituída por meio de lei complementar, com fundamento no parágrafo quarto do mesmo artigo 195 da CRFB/88.

Também pode ser cogitada a hipótese de inconstitucionalidade formal parcial quando o projeto de lei sofre emenda pela casa revisora do Congresso Nacional e, sem retornar a outra casa que iniciou o processo legislativo, é submetido à sanção ou veto. Não verificado o vício no processo legislativo como um todo, é possível que se configure a inconstitucionalidade parcial (NEVES, 1988, p. 124).

A inconstitucionalidade total ou parcial também pode ser verificada nos casos de inconstitucionalidade por omissão. Se o agente credenciado está obrigado a exercer a competência e se mantém inerte, então é caso de inconstitucionalidade por omissão total. Porém, pode ser que ele a exerça em parte, como no típico exemplo em que o agente credenciado cria a norma, porém “exclui do seu âmbito determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia” (BARROSO, 2004, p. 36) ou, ainda, quando “atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe era imposta” (ibid., p. 37). Nos dois casos, haverá inconstitucionalidade por omissão parcial.

#### 2.4.2.5 Inconstitucionalidade originária e superveniente

A última das questões a respeito das formas de manifestação de inconstitucionalidade toma em consideração o momento em que esta ocorre. Fala-se então em inconstitucionalidade originária quando o estado de incompatibilidade é verificado desde o momento em que a norma é publicada e inconstitucionalidade superveniente, quando o estado de incompatibilidade é verificado em momento posterior à criação da norma.

A inconstitucionalidade superveniente é normalmente vislumbrada nos casos em que há a reforma constitucional ou o advento de nova constituição. Assim, a

inconstitucionalidade superveniente ocorreria nos casos em que a norma, no momento que é criada, encontra-se em estado de compatibilidade com a constituição, passando a existir incompatibilidade no momento em que há a reforma constitucional ou o advento de nova constituição.

A respeito dessa hipótese, adotamos o entendimento de que não se trata, propriamente, de hipótese de inconstitucionalidade. A norma constitucional posterior revoga a norma que com ela é incompatível.

... a lei incompatível com a norma inconstitucional superveniente submeteu-se *também*, apesar de sua inferioridade hierárquica, à aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, sendo, portanto, lei revogada e, por essa razão, juridicamente “inexistente”, ou melhor, não mais pertencente ao ordenamento jurídico. (NEVES, 1988, p. 96).

Nesse sentido, o que se denomina por inconstitucionalidade superveniente é, na verdade, questão a ser resolvida pelas regras de conflitos de norma no tempo, ou seja, “tratando-se de uma lei anterior à Constituição e em contradição com ela, esta a derroga, em virtude do princípio da *lex posterior*” (KELSEN, 2003, p. 162).

Essa afirmativa não prejudica a possibilidade, contida no artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 9.882/99, de ser objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental controvérsia a respeito de ato normativo anterior à CRFB/88. É que, conforme se verá mais adiante, o conceito de *descumprimento* relevante para a arguição de descumprimento de preceito fundamental não equivale ao de inconstitucionalidade.

Admitimos, no entanto, a possibilidade de inconstitucionalidade superveniente nos casos em que, a despeito de não haver reforma ou mudança da constituição, o estado de incompatibilidade resultar nova interpretação dada a dispositivo constitucional ou de alteração de circunstâncias fáticas que tornam a norma inconstitucional. Nesses casos, não houve ato normativo revogando a norma antes tida por constitucional. Será um exame posterior – provocado por mudanças na compreensão do texto constitucional ou nas situações sobre as quais a norma se aplica – que irá reconhecer o estado de incompatibilidade surgido em um segundo momento.

Mendes (1990, p. 88-95) ilustra essas hipóteses de inconstitucionalidade superveniente tendo por base o direito alemão. Como exemplo de inconstitucionalidade superveniente em razão de nova interpretação a dispositivo constitucional faz alusão às decisões do Tribunal Constitucional Alemão a respeito das restrições à garantia de inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. Em um primeiro momento, o Tribunal Constitucional Alemão aceitava restrições a tal garantia, mesmo que não expressamente previstas em lei. Contudo, a evolução hermenêutica passou a exigir expressa previsão quanto a eventuais restrições a tal proteção da intimidade. Em síntese, o Tribunal Constitucional Alemão promoveu uma mudança quanto à interpretação da extensão da proteção do sigilo de comunicações, sendo possível observar que

... as restrições aos direitos fundamentais, mesmo sem autorização legislativa, não eram, inicialmente, consideradas inconstitucionais, mas que a evolução hermenêutica (*gewandeltes Verfassungsverständnis*) passara a exigir autorização legal, também para essas situações. (ibid., p. 93).

Já no que diz respeito à inconstitucionalidade superveniente em razão de mudança das relações fáticas, Mendes (ibid., p. 91) faz menção à lei alemã que previa critérios distintos para homens e mulheres para pagamento de pensão por morte do cônjuge. A lei, de 1950, garantia à viúva o direito à pensão por morte, independente de sua participação na renda familiar. Já em relação ao viúvo, só lhe estaria garantido o direito à pensão caso provasse que era a mulher a responsável por prover o sustento básico da família.

Em uma primeira oportunidade, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu como constitucional tal diferenciação, levando em consideração a pouca participação da mulher no mercado de trabalho. Entretanto, em 1975, novamente provocado a se pronunciar sobre a questão, o Tribunal Constitucional, apesar de ainda entender por constitucional a diferenciação constante de dispositivo legal, consignou que “ficava o legislador obrigado a empreender as medidas adequadas a evitar a caracterização de ofensa ao art. 3º, § 2º, da Lei Fundamental [princípio da igualdade entre homem e mulher]” (ibid, p. 91). A mudança de circunstâncias fáticas, relativas ao papel da

mulher na composição da renda familiar, seria capaz de tornar uma norma antes reputada constitucional como inconstitucional.

As duas hipóteses de inconstitucionalidade superveniente consideradas possíveis serão cogitadas mais adiante, ao tratarmos da possibilidade de limitação dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade da norma.

Apresentadas algumas das possíveis classificações da inconstitucionalidade, resta agora a questão quanto as suas conseqüências, mais precisamente, determinar se a norma inconstitucional faz ou não parte do ordenamento jurídico. Em outras palavras, quer se saber se a existência de uma norma é afetada por ser ela considerada como inconstitucional.

Apesar de já se ter adiantado que a concepção adotada nessa pesquisa é que a geração de normas em desacordo com as denominadas “normas de estrutura” traz como resultado uma norma juridicamente válida (existente), a doutrina tradicional prefere afirmar que a norma inconstitucional é norma nula. Entretanto, a afirmativa de que uma norma inconstitucional é norma nula, ao contrário de esclarecer, dificulta ainda mais a compreensão das conseqüências do fenômeno da inconstitucionalidade. Isto porque, parte dos que sustentam a nulidade da norma inconstitucional, afirmam que tal nulidade equivaleria à inexistência, o que levaria ao entendimento, por conseqüência, de que a norma inconstitucional não seria propriamente uma norma jurídica, o que tornaria a expressão “norma inconstitucional” uma verdadeira contradição em si própria. Por outro lado, a nulidade é tomada por vezes não como sinônimo de inexistência, mas como uma qualidade da norma que torna reversíveis os efeitos que ela tenha deflagrado. A compreensão do que seja a nulidade da norma constitucional será desenvolvida a seguir.

### **2.4.3 Nulidade ou anulabilidade da norma inconstitucional**

A tese da nulidade como inexistência da norma inconstitucional é tributária da tradicional doutrina norte-americana, tendo como marco a famosa decisão do *Justice*

Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, quando se consolidou a possibilidade, não apenas da Suprema Corte norte-americana, mas de qualquer órgão do Poder Judiciário, afastar a aplicação da norma inconstitucional.

Certamente todos aqueles que tenham concebido constituições escritas, consideram-nas a suprema e fundamental lei da nação e, conseqüentemente, (...) que um ato da legislatura, contrário à constituição é inválido.

Essa teoria está ligada em sua essência à constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada, por essa corte, como um dos princípios fundamentais dessa sociedade. Isso não deve, portanto, ser perdido de vista em eventuais considerações sobre essa matéria.

Se um ato da legislatura contrário à constituição não é válido, poderá ele, não obstante sua invalidade, vincular as cortes, obrigando-as a lhe conferir efeitos? Ou, em outras palavras, embora não sendo lei, constitui-se ele como uma regra tão operativa como se fosse uma lei? Isso seria arruinar nos fatos o que foi estabelecido em teoria; e poderia parecer, à primeira vista, um absurdo muito grande para nele insistir. (CUSHMAN, 1982, p. 6-7).<sup>10</sup>

A tese segundo a qual a lei inconstitucional é nula, o que significa sua inexistência, voltou a ser afirmada pela Suprema Corte Americana em outros julgamentos, levando Cooley (2002, p. 34) a afirmar que nos Estados Unidos da América “onde (...) a legislatura age em virtude de uma autoridade delegada, limitada pela própria Constituição, e o Poder Judiciário tem força para declarar a legitimidade de uma lei” uma lei inconstitucional “rigorosamente não é uma lei”.

No Brasil, a tese da inexistência da lei inconstitucional também ganhou adeptos como Campos:

... uma lei inconstitucional não é lei, mas um ato qualquer, destituído de toda autoridade e, portanto, não obrigatório e inaplicável pelos tribunais. Estes, ao reconhecerem a inconstitucionalidade de uma suposta lei, não a anulam ou vetam, mas, apenas, reconhecem e declaram a inexistência do ato como lei, constatam que o ato em litígio não é manifestação da vontade do povo

<sup>10</sup> Tradução nossa. Nos originais “Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, (...) that na act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

This teory is essentially attached to a written constitution, and, is consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of society. It is not therefore to be lost of sight of in the further consideration of this subject.

If na act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absudity too gross to be insisted on.”



tal como se acha prévia e solenemente declarado no instrumento constitucional. (1956, p. 434).

A afirmação de que a norma inconstitucional é norma inexistente, contudo, não se sustenta diante das evidências fornecidas pela atuação do próprio ordenamento jurídico. A simples adoção das expressões “norma constitucional” ou “lei inconstitucional” evidencia a existência de uma entidade que por ele (ordenamento jurídico) é reconhecida. E tal entidade, ao contrário do que se pensa, não pode ser qualificada como um “nada jurídico”. É que a norma inconstitucional é capaz de gerar efeitos jurídicos, ter seu cumprimento exigido e ser aplicada por aqueles órgãos credenciados. Só se pode atribuir efeitos jurídicos a algo que, de alguma forma, possua existência jurídica. Tradicionalmente, recorre-se ao artifício da “presunção de constitucionalidade” das leis para explicar tais situações. A tese também não merece acolhida, pois se algo possui “presunção de constitucionalidade” é porque esse algo é lei existente (ou mais precisamente, norma válida), pois não se pode presumir nada de algo inexistente.

Percebe-se que a necessidade de um mecanismo previsto no ordenamento jurídico para afastar a norma inconstitucional denuncia a existência/validade desta última. Da mesma forma que uma decisão judicial considerada ilegal existe (é válida) e só será cassada quando da prolação de uma outra que a substitua, a norma qualificada como inconstitucional existe (é válida) e só perderá tal condição quando o instrumento previsto na constituição pra retirar sua validade for utilizado. A decisão judicial considerada ilegal, caso não seja atacada pelos expedientes previstos, permanecerá existente e até poderá alcançar a eficácia de coisa julgada. De forma similar, a norma considerada inconstitucional, enquanto não for afastada por meio dos mecanismos previstos na constituição, permanecerá existente/válida. A rigor, como afirma Kelsen “a questão de saber se a decisão é ‘ilegal’ não vai ser decidida pelas partes processuais mas pelo tribunal de recurso” (1995, p. 299). Enquanto não for objeto de um processo especial, a norma inconstitucional “tem de ser considerada válida” (ibid., p. 300).

Em conclusão a respeito da validade/existência das normas que não se compatibilizam com a constituição, reafirmamos que mesmo quando as normas não observam a forma estabelecida para sua criação ou quando trazem conteúdo

diverso daquele estatuído nas normas constitucionais devem ser consideradas válidas. A validade, portanto, é aqui entendida não como o estado de perfeita compatibilidade da norma com o ordenamento, mas a condição da norma a ele pertencer. Assim, validade aqui assume o mesmo sentido de existência jurídica ou pertinência, este último adotado por Neves (1988, p. 42).

O reconhecimento de que a lei incompatível com a constituição (assim como a decisão judicial incompatível com a lei) existe (possui validade jurídica) é uma verdadeira imposição do ordenamento jurídico para a sua operatividade. Sendo atribuída a todos a competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis, “difícilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos” (KELSEN, 1995, p. 300-301).

A plurivocidade significativa da linguagem jurídica (problema semântico), utilizada pelos diversos órgãos que exercem o poder e também pelos destinatários do poder (problema pragmático), implica a exigência prática de que a norma permaneça no sistema enquanto não seja desconstituída por órgão competente, ... (NEVES, 1988, p. 46).

É o que Moussallem (2001, p. 185) denomina como implicação pragmática do ordenamento e que é usualmente tratado como “presunção de constitucionalidade” ou “presunção de validade” das leis. Normalmente se diz que a lei inconstitucional é aplicável pois possui uma presunção de constitucionalidade, que será afastada quando posta em questão sua compatibilidade com as normas constitucionais. Preferimos afastar as expressões “presunção de constitucionalidade” ou “presunção de validade”, para afirmar que por ser emanada de agente credenciado pelo ordenamento jurídico, a norma é válida (existe juridicamente), pertence ao ordenamento jurídico e nele permanecerá até que seja dele retirada, sendo que sua expulsão poderá ocorrer mediante um processo especial, isto é, por meio de uma forma diversa da usual revogação de normas (KELSEN, 1995, p. 300), apesar de nada impedir que a norma inconstitucional perca sua validade por meio de mera revogação.

Quando a constituição traz a previsão de mecanismos de invalidação das normas que não sejam com ela compatíveis, toma como premissa a possibilidade de não ser observada. Mas isso não quer dizer que ela lhes nega validade. Pelo contrário, ao

prever tais mecanismos, atribui apenas a determinados órgãos a capacidade de afastar a aplicação de tais normas.

Ainda que a teoria da inexistência das normas inconstitucionais tenha sido útil para justificar a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade nos EUA, isso não significa que essa seja uma premissa necessária onde e quando exista tal forma de controle de constitucionalidade de leis. É possível afirmar que a tese da inexistência das leis inconstitucionais teve especial importância para que o judiciário norte-americano pudesse negar aplicação às leis inconstitucionais na medida em que a constituição norte-americana não traz qualquer disposição expressa sobre tal possibilidade (BITTENCOURT, 1997, p. 18). Entretanto, a possibilidade do judiciário desempenhar o papel de fiscalização da constitucionalidade das leis existe independentemente de previsão constitucional expressa, ainda que seja adotada a concepção kelseniana da validade das normas inconstitucionais.

Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo tornados competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem este sentido. E só terá esse sentido objetivo quando seja conforme à Constituição. (KELSEN, 1995, p. 301).

Vê-se, portanto, que não se pode entender que a norma inconstitucional é norma inexistente. Surge agora a questão quanto ao outro sentido que a nulidade da norma constitucional pode assumir, qual seja, a impossibilidade de admissão de manutenção dos efeitos que por ela foram desencadeados. De fato, apesar da decisão de Marshall e da doutrina que dela deriva confundirem nulidade com inexistência jurídica (NEVES, 1988, p. 77), nem todos fazem tal equiparação. Buzaid, mesmo afirmando ser a norma constitucional nula, acaba por concluir que “não se deve dizer, adotando uma fórmula simplista, que uma lei declarada inconstitucional é nenhuma e portanto deve ser tida como inexistente” (*apud* Silva, 2002, p. 52-53). Essa distinção aparece em diversos outros autores. A nulidade aí está não no sentido de inexistência do ato inconstitucional, mas na condição do vício que acomete a norma e que gera a possibilidade de revisão dos efeitos que por ela foram desencadeados (BARROSO, 2004, p. 15).

Quando se fala em nulidade como qualidade da norma criada de forma viciada e cujos efeitos deflagrados possam ser revistos, estamos contrapondo tal conceito àquele de anulabilidade. Tanto nos casos de nulidade como de anulabilidade, o que se tem é a criação de uma norma em desconformidade com o que prescreve o ordenamento jurídico. Tanto em um caso como no outro a norma que contém vício de formação ou de conteúdo possui validade (existência jurídica), contudo pode ser objeto de invalidação por um processo especial, diferente da mera revogação, que terá como fundamento em tal vício. A diferença entre um caso e outro reside nos efeitos da invalidação: nos casos de anulabilidade, a norma perde validade, porém os efeitos por ela produzidos antes da invalidação serão preservados. Já quando se tratar de nulidade, com a invalidação, os efeitos até ali produzidos pela norma invalidada serão passíveis de revisão. Isto é, a invalidação da norma nula terá efeitos retroativos, enquanto no caso de norma anulável, não haverá efeitos retroativos.

Os efeitos retroativos da invalidação da norma nula fazem com que a nulidade se aproxime da idéia de inexistência. Costuma-se dizer que a invalidação da norma nula possui efeitos retroativos, “como se” a norma nunca houvesse existido. O destaque dado à expressão “como se” não é à toa. A norma considerada como nula, até ser invalidada, existe e produz efeitos, enquanto aquilo que não existe não gera quaisquer efeitos. Tanto nos casos de nulidade como de anulabilidade a norma viciada será objeto de invalidação, será expulsa do ordenamento jurídico. Em última análise, seja norma considerada nula ou anulável, será ela desconstituída. A nulidade deve ser entendida como o grau máximo anulabilidade: aquela que produz efeitos retroativos (KELSEN, 1995, p. 306-308).

Normalmente, costuma se afirmar que a norma inconstitucional é norma nula sob o fundamento de que afirmar a existência ou a preservação de seus efeitos seria negar a supremacia constitucional. Isto é, quando a norma constitucional é considerada válida e seus efeitos não são passíveis de revisão, o que houve foi a criação de uma norma que conflita com a constituição e que cujos efeitos são por ela indesejados.

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato. (BARROSO, 2004, p. 15).

A tese é sedutora. Porém, o que precisa ser observado é que a definição de quando o vício que acomete a norma acarreta em nulidade ou anulabilidade não é feita pela ciência, mas pela própria ordem jurídica. É o próprio direito positivo que estabelecerá se os efeitos da norma jurídica que é invalidada devem ser mantidos ou não. O direito positivo estabelece quais serão as circunstâncias que autorizam ou determinam a revisão (ou não) dos efeitos produzidos pela norma viciada. Essa afirmativa, aliás, vale não apenas para a invalidação das normas viciadas em geral (por inconstitucionalidade ou ilegalidade), como também para os casos de mera revogação de normas em geral, como a previsão de que a lei penal retroage para beneficiar o réu, ou que a lei não prejudicará a coisa julgada, o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido.

Como observa Mendes (1990, p. 15) “o simples cotejo das diferentes fórmulas dogmáticas adotadas pelos ordenamentos constitucionais de diversos países está a indicar que a nulidade não é uma consequência lógica da inconstitucionalidade”. Mesmo que a nulidade tenha sido admitida como regra geral em diversos países, há o caso da Áustria que tem por regra os efeitos meramente prospectivos (MENDES, 1990, p. 16) ou de Portugal, cuja constituição prevê que, em certas hipóteses, a invalidação da norma inconstitucional não tenha efeitos retroativos. Esses não são os únicos casos em que a norma inconstitucional não é reconhecida como nula, mas já bastam, por enquanto, para infirmar a tese.

Em conclusão, não se pode afirmar, categoricamente, que a norma inconstitucional é nula, assim sendo entendido que os efeitos por ela produzidos antes de sua invalidação podem ser revistos. Isto dependerá de como cada ordenamento jurídico positivo tratará a questão da inconstitucionalidade. Ser a norma inconstitucional nula ou anulável dependerá de quais os efeitos que o direito positivo atribui à medida que

irá reparar tal vício (TEIXEIRA, 1991, p. 425) E considerar a norma anulável, de forma alguma, constituirá em negativa ao postulado da supremacia constitucional. A supremacia da constituição é verificada não pela preservação ou não dos efeitos da norma inconstitucional, mas pela possibilidade de invalidação, mediante um processo especial, das normas que com ela sejam incompatíveis. Por outro lado, a preservação ou não dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional terá fundamento na própria constituição. Ao mesmo tempo em que uma norma constitucional serve de fundamento para invalidação de determinada norma que com ela seja incompatível, uma outra, também constitucional, poderá determinar a manutenção dos efeitos que já tenham sido deflagrados. É o que se prevê, de forma expressa, na Constituição da Áustria, em seu artigo 140, parágrafo 5º, e na Constituição de Portugal, em seu artigo 282, número 4.

## **2.4.4 A garantia da supremacia constitucional**

### **2.4.4.1 Generalidades**

De tudo o que se afirmou até aqui, pode-se extrair que a idéia de supremacia constitucional não se afigura tão absoluta como se possa imaginar. A supremacia da constituição significa, em síntese, que esta tem por função essencial “determinar a criação de normas jurídicas gerais, isto é, determinar os órgãos e o procedimento de legislação e também – até certo ponto – o conteúdo de futuras leis” (KELSEN, 2000b, p. 380). Mas isso não significa que não seja possível a criação de normas jurídicas de forma incompatível com a constituição, assim como não significa que o não atendimento às normas constitucionais que prescrevem como outras devam ser criadas gera uma norma juridicamente inexistente.

... à supremacia das normas constitucionais (...) não se deve atribuir o caráter absoluto que lhe empresta o pensamento jurídico dogmático tradicional. (...) as normas inconstitucionais (inválidas) permanecem no sistema (são pertinentes) enquanto não se aplica a “regra de rechaço” específica, ou seja, enquanto não se profere a decisão jurídica de expulsão. (NEVES, 1988, p. 66).

Em termos gerais, a idéia de supremacia da constituição significa, por um lado, que a constituição serve como referência obrigatória para a edição de outras normas

jurídicas, não havendo no ordenamento jurídico positivo outras normas jurídicas de maior hierarquia. Por outro lado, a supremacia da constituição implica a existência de mecanismos jurídicos que tem por finalidade conformar a produção normativa com as disposições constitucionais. Esses mecanismos que tem por objetivo assegurar a observância e conformidade às normas constitucionais são entendidos como garantias da constituição (ibid., p. 226) ou garantias da supremacia constitucional. Adotaremos a segunda expressão como forma de evitar confusão com a idéia de garantias fundamentais, por vezes referidas genericamente como garantias constitucionais.

Separamos as formas de garantias da supremacia constitucional em duas categorias. Uma delas tem por objeto a norma jurídica, englobando os mecanismos tendentes a evitar a edição de norma de forma incompatível com a constituição, ou, caso tenha sido já criada, invalidá-la ou afastar sua aplicação. Essa é a forma mais conhecida de garantia da supremacia constitucional, também nomeada como controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade pode, conforme estabeleça a constituição, ser exercido por diferentes órgãos, daí se podendo falar em controle judicial, quando praticado por órgão judiciário, ou político, quando praticado por órgãos de natureza política (SILVA, 2002, p. 49). A outra forma de garantia da supremacia constitucional é por meio da responsabilização pessoal do agente credenciado para a produção de normas. Essas duas formas de garantias da supremacia da constituição não se excluem, podendo ser empregadas isolada ou simultaneamente (KELSEN, 2000b, p. 381). Sobre cada uma delas serão feitos comentários a seguir. Primeiro, trataremos da hipótese de responsabilização do agente credenciado. Em seguida, das formas de controle de constitucionalidade.

#### 2.4.4.2 Responsabilização do agente credenciado

Até aqui, sempre que nos referimos às possíveis conseqüências da criação de normas jurídicas sem o atendimento às normas constitucionais fez-se alusão a possibilidade de invalidação daquelas por meio de um mecanismo especial. Entretanto, essa não é a única conseqüência possível nas hipóteses de desrespeito às normas constitucionais que regulam a produção normativa. É possível que a

supremacia constitucional esteja garantida, também, pela previsão de atribuição de responsabilidade pessoal do órgão responsável pela edição da lei inconstitucional.

... ela [a constituição] pode também estabelecer que certos órgãos que participaram da criação do chamado estatuto inconstitucional, o chefe de Estado que promulgou o estatuto ou o ministro de gabinete que ratificou a promulgação, por exemplo, sejam responsabilizados e punidos por isso. (KELSEN, 2000b, p. 227).

Não se pode perder de vista que a atribuição de competência, isto é, a autorização para criação de normas, pressupõe uma capacidade limitada para criação de norma jurídica. O desrespeito às normas constitucionais que habilitam a produção de outras normas, portanto, poderá ter por sanção não apenas a possibilidade de invalidação das normas criadas por um processo especial, como também a punição do agente credenciado. “Qualquer um dos métodos pode ser empregado isoladamente, ou ambos podem ser aplicados simultaneamente” (ibid., p. 381).

De acordo com Kelsen, a responsabilização pessoal do agente credenciado é utilizada “com menos freqüência na relação entre constituição e estatuto do que na relação entre os estatutos e os regulamentos que os órgãos administrativos têm de emitir com base nos estatutos” (ibid., p. 228). Mais que isso, observa que a previsão de um processo especial para a invalidação da norma incompatível com a constituição é o modo quase exclusivo de garantir a supremacia da constituição (ibid., p. 381). É provável que seja essa a razão do estudo da garantia da supremacia constitucional se concentrar no exame do chamado controle de constitucionalidade.

#### 2.4.4.3 O controle de constitucionalidade

A forma mais comum de garantia da supremacia da constituição é o denominado controle de constitucionalidade. A expressão controle de constitucionalidade é ambígua. Pode se referir ao mecanismo, abstratamente considerado, de defesa da supremacia da constituição. Pode também servir para denominar o processo instaurado para a defesa da constituição, ou ainda a decisão tomada ao final do teste de constitucionalidade da norma. Adotaremos a expressão controle de constitucionalidade para designar a norma jurídica que é produzida como resultado



da aferição de compatibilidade entre a constituição e a norma já produzida ou em seu processo de formação. Adotaremos a expressão norma-controle ao nos referirmos a tal norma, sendo possível falar de norma-controle sobre a atividade de enunciação normativa e norma-controle sobre norma jurídica.

A respeito da norma-controle sobre a atividade de enunciação normativa, lembramos que a constituição é composta por normas que regulam a produção de normas, especialmente as normas abstratas e gerais. As normas constitucionais estabelecem o agente, a forma de produção e, em certo grau, o conteúdo de outras normas, sendo capazes, até mesmo, de determinar a obrigatoriedade de exercício da competência.

No curso do processo de produção normativa, como o processo legislativo, as variadas normas de competência vão sendo aplicadas a cada ato, com o objetivo de que, ao final, seja completada a enunciação normativa e sejam criados os enunciados normativos. Ocorre que esse processo de produção normativa (atividade de enunciação normativa) pode prever como uma (ou mais de uma) das etapas previstas para a formação da norma jurídica a verificação do atendimento aos comandos constitucionais. É o caso, tomando como exemplo o processo legislativo, da apreciação do projeto por comissões do órgão legislativo ou da fase de sanção ou veto. Em tais etapas, haverá a edição de “norma-controle” afirmando, se for o caso, o regular exercício da competência ou a falta de observância à constituição e, conseqüentemente, determinando a adequação do processo à constituição ou até mesmo que seja ele encerrado.

A norma-controle, nessa hipótese, será editada como pressuposto para a prática de um outro ato ou de outros atos que poderão culminar na edição da norma jurídica. É norma-controle sobre a atividade de enunciação normativa, pois será editada antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico, buscando, com isso, evitar um eventual estado de inconstitucionalidade.

A edição de norma-controle sobre a atividade de enunciação normativa pode se constituir como uma etapa necessária do processo legislativo (apreciação do projeto por comissão interna do legislativo; etapa de sanção ou veto), mas também pode

ocorrer de forma provocada. O que é preciso observar é que seu objeto não é, propriamente, uma norma jurídica, mas o exercício da competência estabelecida pela constituição, isto é, a enunciação normativa. A norma-controle sobre a atividade de enunciação normativa é normalmente denominada controle de constitucionalidade preventivo.

A norma-controle sobre a enunciação normativa terá como antecedente o estado de (in)compatibilidade entre a enunciação normativa e a constituição. Caso seja constatada a compatibilidade, seu conseqüente trará a determinação de que nova etapa do processo de criação normativa se desenvolva. Caso contrário, seu conseqüente determinará o encerramento da atividade de enunciação, ou, conforme o caso, a sua adequação.

Situação diversa se dá com a norma-controle sobre norma jurídica. Nessa hipótese, a enunciação normativa já se completou, isto é, já há norma jurídica no ordenamento jurídico. Enquanto a norma-controle sobre a atividade de enunciação normativa tem seu lugar no decorrer do processo de criação de normas, daí ser conhecido como controle de constitucionalidade preventivo, quando a produção normativa já se encerrou, com a introdução de norma no ordenamento jurídico, haverá a possibilidade de edição de norma-controle sobre norma jurídica, conhecida como controle de constitucionalidade repressivo.

É preciso que fique claro que o término da enunciação normativa não significa que sua regularidade não possa mais ser questionada. Nada impede que a norma-controle sobre norma jurídica seja editada tendo por referência aspectos de inconstitucionalidade específicos da enunciação normativa. Nesse caso, a já encerrada enunciação normativa poderá ser reconstruída a partir das marcas deixadas no produto da enunciação (a enunciação enunciada) ou por meio de provas dos atos que formaram o processo de produção da norma questionada e que poderão ser objeto de fiscalização.

A norma-controle pode atuar sobre a norma jurídica de duas diferentes formas. Uma das possibilidades é a norma-controle servir como uma espécie de norma de competência, autorizando a não aplicação da norma jurídica que se encontra em

estado de incompatibilidade com as normas constitucionais. Aquele agente credenciado pelo ordenamento jurídico a aplicar as normas criadas com base na constituição teria nessa espécie de norma-controle o fundamento para deixar de aplicar uma norma jurídica que, apesar de ainda se encontrar em estado de validade (pertencente ao ordenamento), encontra-se em estado de incompatibilidade com a constituição. A outra possibilidade é a norma-controle ser uma norma de derrogação, tendo por efeito a retirada do ordenamento jurídico da norma que se encontra em estado de incompatibilidade com a constituição. A primeira forma de norma-controle atinge a eficácia técnica da norma incompatível com a constituição. Isto significa que, sobre determinado fato, a norma considerada inconstitucional terá a sua aplicação afastada. Porém, nesse caso, a norma-controle não atingirá sua validade, sendo que ela permanecerá no ordenamento jurídico, podendo inclusive ser aplicada a outros fatos não apreciados pelo agente credenciado. Já a segunda forma de norma-controle atinge a validade da norma incompatível com a constituição. Aí o ataque é feito diretamente sobre a existência da norma, ou seja, direcionado a retirá-la do ordenamento. Verificada a incompatibilidade, a norma considerada inconstitucional perderá sua validade, deixando de pertencer ao ordenamento jurídico.

O primeiro tipo de norma-controle, que permite afastar a aplicação da norma inconstitucional para determinada questão a ser julgada, é usualmente conhecido como “controle concreto de constitucionalidade”, sendo que preferimos a expressão norma-controle sobre a eficácia técnica de norma jurídica, ou apenas norma-controle sobre a eficácia técnica. Já o segundo tipo de norma-controle é conhecido como “controle abstrato de constitucionalidade”, sendo que a ele iremos nos referir como norma-controle sobre a validade da norma jurídica, ou apenas norma-controle sobre a validade. Tudo isso será objeto de análise no capítulo seguinte.

O tema proposto para pesquisa se apresenta como questão própria do chamado controle abstrato de constitucionalidade, daí porque o controle concreto de constitucionalidade, nesse estudo, assume importância secundária. Também não merecerá maior atenção, nessa pesquisa, o controle abstrato praticado por órgãos não judiciais. Isto é, o objeto de pesquisa é a norma-controle sobre a validade editada por órgão judicial. Mais especificamente, sua eficácia temporal. Uma breve

menção à possibilidade de órgãos não judiciais editarem normas-controle se faz necessária apenas para melhor precisar o objeto da pesquisa.

#### 2.4.4.4 Controle político e judicial

Reafirmamos que tomamos a expressão controle de constitucionalidade como norma jurídica que atua sobre outra norma jurídica como resultado do exame de sua compatibilidade com a constituição ou sobre o processo de formação de norma jurídica, com a finalidade de certificar a observância às normas de competência previstas na constituição.

A norma-controle, como qualquer outra norma jurídica, será editada também com base em outras normas jurídicas. Mais precisamente, a norma-controle será editada com base em disposições constitucionais específicas, conhecidas como as normas de garantia da constituição (KELSEN, 2000b, p. 380) ou os elementos de estabilização constitucional (SILVA, 2002, p. 45). É possível dizer, portanto, que dentre as normas jurídicas que possuem sua criação reguladas pela constituição, destacam-se as normas-controle, sendo que a edição dessas últimas tem por fim assegurar o cumprimento das normas de competência previstas na constituição.

A previsão na constituição de edição de normas-controle é o que garantirá sua supremacia. Surge então a questão de saber quem poderá editar as normas-controle e assumir a função de “guardião da constituição”. Pelo que até aqui já se afirmou, não se pode supor que a supremacia da constituição implique legitimação a todos para editar normas-controle, afastando as normas que julguem inconstitucionais. Isto porque “se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir essa questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos” (KELSEN, 1995, p. 300-301). É certo que a ciência jurídica e os intérpretes em geral podem emitir suas opiniões quanto à compatibilidade ou não de uma norma jurídica com a constituição. Mas serão somente certos órgãos definidos na constituição que terão a competência para edição de norma-controle. “Se todas as pessoas habilitadas lingüisticamente podem emitir juízos de justiça, de ética, sobre as normas, nem todas têm competência para

juízos jurídicos de valor invalidador de normas” (LINS, 2005, p. 80-81). Tal idéia reafirma a necessidade de entendermos como válida a norma jurídica criada por órgão credenciado, ainda que sua produção não tenha atendido plenamente as normas constitucionais.

Assim, considerando que a habilitação para edição de norma-controle é atribuída a órgão estatal, fala-se em controle judicial ou político, conforme a “natureza” do órgão que edita a norma-controle. A classificação tem, por pano de fundo, a “separação de poderes” ou divisão de funções. O controle é judicial quando o responsável pela edição da norma-controle é o órgão judiciário e é político ou não judicial quando quem edita a norma-controle é órgão não judiciário (legislativo ou executivo).

Para qualificar o controle exercido por órgão não judiciário, é preferível a expressão *não judicial* à expressão *político*. Essa última pode transmitir a inadequada idéia de que essa forma de controle é exercida segundo as regras próprias da política, sem considerar critérios jurídicos. Por outro lado, se *político* é tomado para qualificar a *natureza* do órgão, abre-se espaço para o debate sobre o papel político exercido também pelos tribunais (CAMPILONGO, 2002, p. 60).

Um dado ordenamento jurídico pode outorgar unicamente a órgãos judiciais ou a órgãos não judiciais a competência para edição de norma-controle. Mas não há qualquer impedimento para que a constituição habilite tanto órgãos judiciais quanto não judiciais para fiscalizar a constitucionalidade de normas.

### 3 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E SEUS EFEITOS

#### 3.1 MODELOS DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E O MODELO BRASILEIRO

O exame dos mecanismos tendentes a evitar ou a afastar a inconstitucionalidade, previstos nos mais diversos ordenamentos jurídicos, tem revelado que é possível observar certos dados constantes. Este estudo, entre outras funções, é feito com vistas a buscar maior compreensão da origem, da evolução e do funcionamento dos mecanismos de garantia da supremacia constitucional.

Tratando-se especificamente das hipóteses em que se confere ao judiciário o exercício do controle judicial de constitucionalidade, é rotineira a alusão a dois grandes “modelos” ou “sistemas” de controle de constitucionalidade: o praticado nos Estados Unidos da América do Norte e o praticado na Áustria (CAPPELLETTI, 1999, p. 67-68).

A distinção fundamental entre o controle judicial de constitucionalidade realizado nos EUA e aquele realizado na Áustria está no número de órgãos habilitados a editar norma-controle de constitucionalidade: nos EUA, pode exercer o controle qualquer órgão judiciário, enquanto na Áustria apenas um tribunal está incumbido de tal tarefa. Daí falar-se em modelos “difuso” ou “norte-americano” e “concentrado” ou “austríaco” de controle de constitucionalidade.

A forma de controle de constitucionalidade existente nos EUA tem raízes no direito inglês, tendo como referência a teoria de prevalência do *common law* sobre os atos do parlamento, elaborada por Edward Cooke (CAPPELLETTI, 1999, p. 58). De acordo com a doutrina de Cooke, tanto o executivo quanto o legislativo devem atuar de forma compatível com a *common law*, cabendo ao judiciário anular os atos com ela incompatíveis (STRECK, 2002, p. 240). Curiosamente, com o êxito da chamada Revolução Gloriosa e a afirmação da “supremacia do Parlamento”, foi afastada a

possibilidade de os juízes deixarem de aplicar as normas emanadas por esse órgão. Apesar de as idéias de Cooke não terem prevalecido em sua terra natal, influenciaram a concepção do *judicial review*, isto é, da possibilidade de o judiciário norte-americano afastar a aplicação das normas que contrariassem a constituição (ibid., p. 241).

O controle judicial de constitucionalidade praticado nos EUA tem por característica ser realizado no curso de um processo, isto é, durante o exame de uma causa determinada. Como decorrência, o controle judicial de constitucionalidade possui caráter nitidamente incidental, lá não havendo forma de impugnação direta à norma inconstitucional. Segundo Kelsen:

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não é constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. (KELSEN, 2003, p. 311).

Qualquer órgão judiciário norte-americano é habilitado a editar norma-controle, cujo conteúdo retira a eficácia técnica da norma tida por inconstitucional, afastando sua aplicação naquela situação determinada posta em julgamento. Isto é, ao apreciar uma demanda, se o órgão judiciário verificar que uma das normas incidentes se encontra em estado de incompatibilidade com a constituição, ele poderá afastar sua aplicação (CAPPELLETTI, 1999, p. 103). Diz-se que, neste caso, o órgão judiciário realiza o controle concreto de constitucionalidade, ou seja, edita norma-controle sobre a eficácia técnica da norma inconstitucional, cujo conteúdo afasta a aplicação desta, naquele caso que está sendo julgado.

Já quanto ao controle judicial de constitucionalidade previsto na Constituição Austríaca de 1920, com as revisões ocorridas em 1929, a situação é diversa. A previsão é de que apenas um órgão se encontra habilitado a editar norma-controle – o Tribunal Constitucional. Ali prepondera o ataque direto à norma que se suspeita estar em estado de incompatibilidade com a constituição, mas não se afasta, por completo, a possibilidade de que a arguição quanto à constitucionalidade de norma surja incidentalmente.

A impugnação pela via direta ocorre de forma desvinculada de casos concretos (ibid., p. 104). Isto é, o Tribunal Constitucional da Áustria seria provocado para expedir norma-controle sem que se fizesse referência a um processo comum instaurado. Tal provocação, conforme previsto na Constituição Austríaca de 1920, ficaria a cargo do Governo Federal, em relação a normas estaduais, ou ao Governo Estadual, em relação a normas federais, sendo por tal razão objeto de críticas em virtude da dificuldade de sua instauração (ibid., p. 108). O próprio Kelsen chamava a atenção para tal problema, propondo alternativas como a legitimação dada a qualquer cidadão ou a um procurador geral, propostas que não foram acolhidas (KELSEN, 2003, p. 316).

A impugnação pela via direta traz como resultado a edição de norma-controle cujo objeto não será a eficácia técnica da norma tida por inconstitucional, mas sua validade ou pertinência ao ordenamento jurídico. Caso seja considerada inconstitucional, a norma impugnada será expulsa do ordenamento e, conseqüentemente, não mais poderá ser aplicada por nenhum órgão jurisdicional.

Apesar da predominância da forma de impugnação direta de norma tida por inconstitucional, as alterações promovidas em 1929 trouxeram a possibilidade de arguição incidental de inconstitucionalidade de norma na Áustria. A hipótese prevista é de que, quando no curso de um processo surgisse dúvida quanto à constitucionalidade de determinada norma, a Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*) ou a Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) – que correspondem às instâncias ordinárias superiores – deveriam provocar o Tribunal Constitucional para que este emitisse norma-controle, ficando, até que isso ocorresse, o processo sem julgamento definitivo (CAPPELLETTI, 1999, p. 108).

Por tudo que foi explicitado, reafirmamos que a diferença fundamental entre os dois “modelos de controle judicial de constitucionalidade” reside no número de órgãos judiciários habilitados a exercer o controle (controle difuso ou controle concentrado). É certo que a doutrina também vislumbra como diferença o caráter incidental ou direto da impugnação da norma inconstitucional. Entretanto as duas formas de impugnação estão previstas no modelo austríaco, apesar do destaque à forma de



impugnação direta. Por outro lado, parece inapropriado falar em controle *concreto* (que atua apenas sobre uma relação jurídica determinada) no caso dos EUA e *abstrato* (que se refere a todas as relações jurídicas reguladas pela norma supostamente inconstitucional), no caso da Áustria. É que a regra do precedente, prevista no direito norte-americano, confere aos julgamentos uma eficácia que transborda os limites do caso julgado, especialmente quando se trata de julgamento proferido pela Suprema Corte dos EUA (KELSEN, 2003, p. 307).

É preciso deixar claro, ainda, que tanto o ordenamento jurídico norte-americano quanto o austríaco sofreram alterações quanto às formas de realização do controle de constitucionalidade. No caso norte-americano, o *Judiciary Act* de 1937 “assegura ao Governo Federal a faculdade de intervir na lide entre particulares, sempre que estiver em discussão a constitucionalidade de lei federal atinente ao interesse público”, assim como o poder de apelar diretamente à Corte Suprema contra decisão que decreta a inconstitucionalidade de lei federal e, ainda, é proibida a concessão de “*injuctions* que afastem aplicação de lei do Congresso, sob o fundamento de inconstitucionalidade” (MARTINS & MENDES, 2001, p. 7). Por outro lado, na Áustria, ampliou-se o número de tribunais capacitados a provocar o controle de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, e é possível que a arguição quanto à constitucionalidade de norma seja provocada por qualquer pessoa, desde que não haja outra forma de impugnação para alcançar o efeito desejado (STRECK, 2002, p. 290).

As formas de controle judicial de constitucionalidade norte-americana e austríaca serviram de referência para outros ordenamentos jurídicos. Em alguns casos, o que se viu foi a integração de mecanismos de fiscalização de constitucionalidade de origem austríaca e norte-americana. Mais precisamente, certos ordenamentos jurídicos trazem, simultaneamente, a previsão de inúmeras formas de impugnação direta e incidental, ao mesmo tempo em que autorizam a edição tanto de norma-controle sobre a eficácia técnica de norma inconstitucional (controle concreto) quanto de norma-controle sobre a validade de norma inconstitucional (controle abstrato). O ordenamento jurídico brasileiro se apresenta como um desses, sendo que, mais uma vez, chamamos à atenção para o fato de que a pesquisa se volta para o exame mais detido da norma-controle sobre a validade.

## 3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CRFB/88

### 3.2.1 O controle concreto

Já dissemos que o controle concreto de constitucionalidade é aquele exercido pela autoridade judiciária que, examinando o direito aplicável a determinado caso concreto, pode afastar a aplicação de determinada norma que se encontre em estado de incompatibilidade com a constituição. Como antes destacado, na medida em que se confere à autoridade judiciária a competência para aplicar as normas, implicitamente se lhe confere também a competência para apreciar a constitucionalidade da lei (KELSEN, 1995, p. 301). Porém é sabido que tal competência pode ser limitada por obra da própria constituição, o que não é o caso da CRFB/88.

Ao ser provocado para decidir determinada demanda, o órgão judiciário determinará as normas jurídicas que deverão ser aplicadas para pôr fim ao processo. Ao determinar as normas aplicáveis para o caso, o juiz ou tribunal poderá afastar a aplicação da norma que afirmar incompatível com a constituição. Nessa situação, o exame da constitucionalidade da norma “não é o objeto da causa, não é a providência postulada” (BARROSO, 2004, p. 75). Isso não quer dizer que o exame da constitucionalidade seja matéria de pouca importância, pois poderá determinar a solução da controvérsia. Assim, o controle concreto é aquele que ocorre como pressuposto para a solução de um conflito de interesses.

Seja qual for o tipo de processo judicial, a inconstitucionalidade da norma poderá ser invocada por qualquer uma das partes ou pelo Ministério Público ou mesmo ser apreciada de ofício pela autoridade julgadora. Mas é preciso assinalar que, caso venha a se reconhecer a inconstitucionalidade da norma, não haverá a sua invalidação. A invalidação acarretaria a expulsão da norma do ordenamento jurídico, o que implicaria impossibilidade de sua aplicação em outras situações. Não é o que ocorre no controle concreto, em que o julgador deixa de aplicar uma norma em razão de uma outra, hierarquicamente superior. Afirmar que todo órgão judiciário possui

competência para realizar o controle concreto não significa que qualquer um possui competência para invalidar a norma inconstitucional. O que haverá, caso se conclua pela inconstitucionalidade da norma, é a determinação de que ela não será aplicada naquela relação jurídica discutida no processo.

O controle concreto, é preciso reafirmar, é dirigido contra a eficácia técnica da norma tida por inconstitucional. A norma tida por inconstitucional no julgamento de um caso determinado irá ter sua eficácia técnica reduzida, pois deixará de ser aplicada sobre aquela relação jurídica examinada. Isso significa que o controle concreto, ou norma-controle sobre eficácia técnica atua apenas sobre as partes do processo, nos limites da matéria decidida.

Merecem ser feitas algumas observações quanto ao controle concreto de constitucionalidade previsto na ordem jurídica brasileira. Foi dito que qualquer órgão judiciário é habilitado a reconhecer a inconstitucionalidade de norma e, por conseqüência, afastar sua aplicação, quando do julgamento da questão. É preciso atenção quanto à noção de órgão. No caso de tribunal, a inconstitucionalidade deve ser reconhecida pelo órgão (o tribunal) e não por um de seus membros isoladamente ou um de seus órgãos fracionários. É o que se deduz do artigo 97 da CRFB/88, que prevê a denominada “reserva de plenário”, estabelecendo que a inconstitucionalidade só pode ser reconhecida por maioria absoluta dos membros de Tribunal ou do respectivo órgão especial.

Outro dado importante é que o Supremo Tribunal Federal assim como os Tribunais dos Estados, apesar de legitimados a exercerem o chamado controle abstrato de constitucionalidade, também estão habilitados a exercer o controle concreto. Isso ocorre quando examinam um processo qualquer, seja de competência originária, seja em grau de recurso, em que se está a discutir um conflito de interesses entre as partes. Também nesses casos, o controle de constitucionalidade atingirá apenas a eficácia técnica da norma reconhecida como inconstitucional, produzindo efeitos apenas para o processo.

Pode ocorrer, contudo, que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concreto, seja editada pelo Senado Federal resolução cuja conseqüência

será impedir a aplicação da norma considerada inconstitucional em todas as demais situações e por todos os outros órgãos judiciários e do executivo. A resolução do Senado Federal é uma outra norma-controle que, tendo como suposto a edição de norma-controle sobre eficácia técnica editada pelo Supremo Tribunal Federal (controle concreto), é dotada do que se convencionou chamar de eficácia “erga omnes”, pois alcança a todos, e eficácia vinculante, de observância obrigatória por todos aqueles que possuíam competência para aplicar a norma inconstitucional.

As decisões tomadas em controle concreto também poderão dar ensejo à edição de súmulas, também com eficácia vinculante, previstas no artigo 103-A da CRFB/88, introduzido pela EC nº 45/2004. Estabelece o dispositivo que, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, o Supremo Tribunal Federal, “mediante decisão de dois terços dos seus membros”, poderá aprovar súmulas que serão de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública.

## **3.2.2 O controle abstrato**

### **3.2.2.1 Generalidades**

Diferentemente do controle concreto, o controle abstrato se direciona ao ataque da validade da norma considerada inconstitucional. Enquanto o controle concreto ocorre no curso de um processo em que se discute uma relação jurídica entre as partes, podendo ele ser encarado como uma das medidas que toma o juiz para determinar as normas jurídicas aplicáveis, o controle abstrato se desenvolve como resultado de um processo instaurado exclusivamente para atacar a norma inconstitucional, em que não se discutem relações jurídicas determinadas e cujo objetivo final é atacar a validade da norma. Reavivando a terminologia adotada, o controle concreto pode ser visto como uma das etapas da enunciação normativa, mais precisamente da enunciação da autoridade judiciária competente ao julgar um caso. Por essa razão, normalmente se diz que o controle concreto ou norma-controle sobre a eficácia técnica se exterioriza na fundamentação da decisão (BARROSO, 2004, p. 86) ou se encontra vertida sob a forma de enunciação enunciada, pois o

exame quanto à constitucionalidade ou não da norma não é a providência judicial pretendida. O exame quanto à constitucionalidade faz parte da enunciação da decisão judicial, deixando marcas no produto final. Já o controle abstrato se exterioriza como um enunciado sobre a validade da norma, que é o objetivo de um processo de enunciação. O controle abstrato ou norma-controle sobre a validade se exterioriza na parte dispositiva da decisão judicial, isto é, vertido sob a forma de enunciado enunciado.

Assim como no controle concreto, a autoridade judiciária exercerá o controle de constitucionalidade no curso de um processo. Porém esse processo terá como objetivo único o exame da constitucionalidade da norma, não sendo discutidos direitos subjetivos ou relação jurídica determinada, daí falar-se em processo objetivo (ibid., p. 114). E, enquanto no controle concreto o exame quanto à constitucionalidade é questão prejudicial ou incidental, no controle abstrato tal questão é a principal.

Outro dado relevante a respeito do controle abstrato é que este será exercido por uma autoridade judiciária determinada. É possível falar então que o controle abstrato é exercido de forma concentrada, pois haverá um único tribunal competente para invalidar a norma tida por inconstitucional. Em termos gerais, a CRFB/88 prevê que, nos casos de inconstitucionalidade em face da CRFB/88, será o Supremo Tribunal Federal o órgão habilitado a exercer o controle abstrato. Nos casos de inconstitucionalidade diante da Constituição do Estado Federado, será o Tribunal de Justiça do Estado o órgão competente. Considerando-se que o objeto de estudo está relacionado ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, o exame das questões seguintes será focado apenas no controle de constitucionalidade de normas em face da CRFB/88.

### 3.2.2.2 A ação direta de inconstitucionalidade

O controle abstrato de constitucionalidade pressupõe uma provocação, que dá origem a um processo cujo objetivo final é a edição pelo Supremo Tribunal Federal de norma-controle sobre a validade de norma jurídica. Uma das formas de

provocação do controle abstrato de constitucionalidade é a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, I, “a” da CRFB/88 e regulada pela Lei nº 9.868/99.

A ação direta de inconstitucionalidade é a medida capaz de provocar o Supremo Tribunal Federal para que este aprecie alegação de incompatibilidade entre norma federal, estadual ou distrital (desde que resulte do exercício de competência estadual) e a CRFB/88 e, ao final, edite norma-controle sobre sua validade (confirmando-a ou retirando-a). A ação direta de inconstitucionalidade, ainda, pode servir como meio de provocação do reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão.

A CRFB/88 prevê, em seu artigo 103 (com a redação dada pela EC nº 45/2004), que poderão “propor a ação direta de inconstitucionalidade” o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Tratando-se primeiramente dos casos de inconstitucionalidade por ação (ver tópico 2.4.2.2), verifica-se que, por meio da ação de direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal fica obrigado a pronunciar-se a respeito da constitucionalidade de norma, federal, estadual ou distrital (desde que, nesse último caso, seja resultado do exercício de competência tipicamente estadual), abstrata e geral, vigente, criada com base na CRFB/88. Daí dizer-se que podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade as normas veiculadas nas emendas à CRFB/88, nas constituições estaduais, nas leis complementares e ordinárias, nas leis delegadas, nas medidas provisórias, nos decretos legislativos, nas resoluções, além de outras normas editadas no âmbito federal, estadual ou distrital (desde que sejam resultado do exercício de competência tipicamente estadual) que busquem fundamento diretamente na CRFB/88 (BARROSO, 2004, p. 128-135 e MENDES, 2004a, p. 177-180). Por outro lado, não se considera possível, por meio da ação

direta de inconstitucionalidade, o ataque aos chamados atos normativos secundários (que seriam casos de inconstitucionalidade indireta), às normas concretas e individuais, às normas expressas em leis (documentos normativos) anteriores à CRFB/88 ou já revogadas, às normas municipais, assim como às propostas normativas (BARROSO, 2004, p. 136-139).

No caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal será provocado para verificar a falta de norma cuja edição é prevista pela CRFB/88 como necessária. São as mesmas espécies normativas que podem ter sua inconstitucionalidade reconhecida por meio de ação direta de inconstitucionalidade e que podem ser declaradas como faltantes, ensejando o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão.

### 3.2.2.3 A ação declaratória de constitucionalidade

Como se viu até aqui, enquanto o controle abstrato tem por objeto a validade da norma supostamente incompatível com a constituição, o controle concreto se dirigirá à sua eficácia técnica ou, como normalmente se costuma designar, à sua aplicabilidade em determinada situação conflituosa. Por outro lado, enquanto o controle abstrato é exercido de forma concentrada, o controle concreto, tal como previsto no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser exercido por qualquer órgão judiciário.

A autorização conferida a qualquer órgão judiciário para exercer o controle concreto pode trazer a inconveniente situação de decisões conflitantes a respeito da relação existente entre a constituição e as normas que com base nelas são criadas. Vale lembrar a advertência de Kelsen (1995, p. 300-301) de que, quando todos os órgãos judiciários são legitimados a falar sobre a compatibilidade de norma com a constituição, o risco de respostas contraditórias é enorme. Isto é, uma vez que o controle concreto pode ser exercido por qualquer órgão judiciário (controle difuso), não há, em princípio, vinculação da conclusão a ser tomada por um órgão com a de um outro – ressalvada a atual possibilidade de edição de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal; situações idênticas podem receber julgamentos completamente

diferentes, na medida em que uma mesma norma pode ser tida por inconstitucional em uma decisão, deixando ali de ser aplicada, e constitucional em uma outra, sendo então aplicada e gerando conseqüências antagônicas.

Relembramos que, no controle concreto, ainda que a conclusão seja pela inconstitucionalidade da norma, os efeitos de tal juízo se limitam à questão julgada, permanecendo a norma jurídica dotada de validade, isto é, pertencendo ao ordenamento jurídico. Conseqüentemente, nada impede que a norma que teve sua aplicação afastada sobre determinado fato, no exercício do controle concreto, seja aplicada a situações similares, inclusive aquelas que também foram submetidas à apreciação do judiciário.

O controle concreto de constitucionalidade, portanto, é capaz de gerar o que se denomina controvérsia judicial quanto à constitucionalidade da norma. Por controvérsia judicial entendemos a existência de “interpretações judiciais conflitantes” (BARROSO, 2004, p. 176) a respeito da constitucionalidade de norma, ora ela tendo sua aplicação afastada, ora sendo aplicada. As situações de controvérsia judicial são capazes de gerar, mais do que “incerteza jurídica” (ibid., p. 176) ou “ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade” (MENDES, 2004a, p. 176), tratamentos diferenciados em situações idênticas, em manifesta oposição à garantia de isonomia.

Considerando que há no Brasil a possibilidade de realização tanto de controle concreto, quanto de controle abstrato, situações de controvérsia judicial poderiam ser sempre solucionadas por meio da ação direta de inconstitucionalidade. Isso poderia ocorrer quando, ao primeiro sinal de controvérsia judicial, fosse o Supremo Tribunal Federal provocado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, proferindo uma decisão que, em razão de sua eficácia vinculante – que será mais bem explicada mais adiante –, colocaria fim ao debate. Ocorre que essa solução pode acarretar verdadeiro paradoxo, porque a utilização da ação direta de inconstitucionalidade pressupõe que se postule a invalidação da norma jurídica, com a apresentação dos fundamentos jurídicos para tanto. Entretanto é possível que aquele que é autorizado para propor ação direta de inconstitucionalidade esteja



convencido da compatibilidade entre a constituição e a norma jurídica controvertida em controle concreto.

Como forma de solucionar controvérsia judicial a respeito de constitucionalidade de norma, evitando-se o paradoxo antes exposto, é prevista no ordenamento jurídico brasileiro a ação declaratória de constitucionalidade. Os mesmos autorizados a se valer da ação direta de inconstitucionalidade poderão utilizar a ação declaratória de constitucionalidade, postulando o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do estado de compatibilidade entre a norma jurídica e a constituição para que, por consequência, seja encerrada a controvérsia judicial.

A ação declaratória de constitucionalidade não pode ser vista como o “inverso” da ação direta de inconstitucionalidade. Se, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, é postulada a invalidação da norma que se alega incompatível com a CRFB/88, aquilo que é pretendido por meio da ação declaratória de constitucionalidade não é somente uma “homologação” ou “confirmação” da validade de norma jurídica ou, mais precisamente, de sua compatibilidade com a CRFB/88. A ação declaratória de constitucionalidade visa a um provimento pelo Supremo Tribunal Federal para que seja cessado o estado de controvérsia judicial sobre a constitucionalidade de norma.

É preciso destacar, ainda, que a controvérsia que será resolvida por meio da ação declaratória de constitucionalidade é apenas aquela relativa à constitucionalidade de norma federal, abstrata e geral, vigente, criada com base na CRFB/88. Portanto afirma-se que podem ser objeto da ação declaratória de constitucionalidade as normas veiculadas nas emendas à CRFB/88, nas leis complementares e ordinárias, nas leis delegadas, nas medidas provisórias, nos decretos legislativos, nas resoluções, além de outras normas editadas no âmbito federal que busquem fundamento diretamente na CRFB/88 (BARROSO, 2004, p. 181), que tenham sua constitucionalidade discutida em controle concreto de constitucionalidade. Por outro lado, controvérsia judicial quanto à constitucionalidade de normas estaduais, distritais e municipais, normas concretas e individuais, normas expressas em leis anteriores à CRFB/88 ou já revogadas não podem ser resolvidas por meio da ação declaratória de constitucionalidade.

Apesar das diferenças no que diz respeito aos pressupostos e objeto, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade se aproximam no que diz respeito aos efeitos da decisão judicial que provocam. Em ambas, coloca-se em questão a compatibilidade de uma norma jurídica com a CRFB/88, o que, por consequência, implicará um pronunciamento sobre sua constitucionalidade. Esse pronunciamento, seja pela constitucionalidade ou não da norma, terá os mesmos efeitos, independentemente se provocada por ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. Esse ponto será retomado mais adiante.

#### 3.2.2.4 A argüição de descumprimento de preceito fundamental

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista na CRFB/88 em seu artigo 102, parágrafo 1º e regulada pela Lei nº 9.882/99, apesar de ser forma de provocar a edição de norma-controle sobre a validade de norma jurídica (em outras palavras, capaz de provocar o controle abstrato de constitucionalidade), possui certas notas que a diferenciam da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, tidas como mecanismos típicos do controle abstrato de constitucionalidade. Em síntese, tais notas seriam: 1) que a argüição de descumprimento de preceito fundamental visa a coibir o “descumprimento” de determinadas normas constitucionais, conceito que é mais amplo que o de inconstitucionalidade (mas que também o abrange); 2) que a argüição de descumprimento de preceito fundamental visa a reparar ou evitar o descumprimento de certas normas constitucionais – os preceitos fundamentais – e não qualquer descumprimento à CRFB/88; e 3) que, de acordo com o que dispõe o artigo 4º, parágrafo 1º da Lei nº 9.868/99 e com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental só é cabível quando não houver outro meio eficaz de evitar ou reparar o descumprimento a preceito fundamental.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental é também um instrumento capaz de provocar um pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da validade de determinado ato normativo. Contudo, diferentemente do que ocorre com

a ação direta de inconstitucionalidade e com a ação declaratória de constitucionalidade, o pronunciamento não está limitado ao exame quanto à compatibilidade direta com a CRFB/88, isto é, não diz apenas se a norma jurídica é ou não constitucional. É necessário, antes de prosseguir, traçar os pontos de contato e de distinção entre os conceitos de inconstitucionalidade e descumprimento da norma constitucional.

A inconstitucionalidade é uma forma de se descumprir norma constitucional. Mais precisamente, é o descumprimento da norma constitucional de competência (desempenho, formal e material). Há inconstitucionalidade, portanto, quando não se observa a forma prevista na CRFB/88 para criação de outras normas jurídicas, ou quando o conteúdo da norma criada com base na CRFB/88 não é adequado às suas disposições ou, ainda, quando não se observa a norma de competência desempenho (como nos casos de inconstitucionalidade por omissão). Porém já foi dito que a constituição serve de fundamento de validade de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, seja de forma direta, seja de forma indireta. Isso quer dizer que todas as normas jurídicas, mesmo aquelas que não “derivem” imediatamente da constituição, devem estar compatíveis com ela.

O descumprimento da norma constitucional, portanto, pode ocorrer de forma mediata ou indireta. É o que se dá quando há incompatibilidade entre normas jurídicas infraconstitucionais, mas quando a constituição atribui a uma delas a função de fundamento de validade da outra. Essa forma de descumprimento da norma constitucional se insere na idéia de “inconstitucionalidade indireta ou mediata” (ver tópico 2.4.2.1).

O conceito de descumprimento também alcança as hipóteses em que norma anterior à constituição que possua conteúdo com ela incompatível é tida por válida e é aplicada. Essa hipótese, encarada como de “inconstitucionalidade superveniente” (ver tópico 2.4.2.5), não é, propriamente, de inconstitucionalidade, sendo resolvida com a revogação pela constituição (norma posterior e de hierarquia superior) da norma incompatível (norma anterior e de hierarquia inferior). Se a norma anterior e incompatível com a constituição, contudo, vem sendo aplicada, então há

descumprimento da constituição, pois não se está a reconhecer a sua eficácia revogadora quanto às normas anteriores que sejam com ela incompatíveis.

Da mesma forma, a noção de descumprimento também não afasta a possibilidade de controle em relação à norma jurídica que, mesmo criada com base na CRFB/88, não seja mais vigente. O Supremo Tribunal Federal não admite o controle de constitucionalidade, por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, em relação a normas não mais vigentes. Contudo nada impede que os atos resultantes da aplicação da norma não mais vigente sejam passíveis de controle por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Ainda: o descumprimento é verificado independentemente do caráter abstrato ou concreto, geral ou individual da norma questionada. Conforme adverte Tavares (2001, p. 205), o Supremo Tribunal Federal não admite a impugnação de norma concreta e individual por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, ainda que seu fundamento de validade se encontre na CRFB/88. Essa restrição criticável quanto à extensão do conceito de inconstitucionalidade não pode ser aceita no que diz respeito ao significado de descumprimento da norma constitucional.

Em outras palavras, a argüição de descumprimento de preceito fundamental não limita o Supremo Tribunal Federal a examinar o respeito ou não às normas de competência (desempenho, formal e material) previstas na CRFB/88, mas o estado de conformidade de qualquer ato normativo com normas constitucionais. Nesse sentido, a argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ter por objeto a adequação de qualquer ato normativo, desde que de origem estatal, a disposições da CRFB/88. Por conseqüência, podem ser inseridas como objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental normas federais, estaduais, distritais e municipais (TAVARES, 2001, p. 209), de caráter abstrato ou concreto, geral ou individual (ibid., p. 206), que buscam fundamento direto ou apenas indireto na CRFB/88 (ibid., p. 202), anteriores ou posteriores à CRFB/88 (ibid., p. 209), vigentes ou não, assim como a omissão que se apresentar como descumprimento de preceito fundamental.

Se, por um lado, por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental, é permitido o controle sobre um maior número de espécies normativas do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade e com a ação declaratória de constitucionalidade, por outro, a argüição de descumprimento de preceito fundamental não se presta a garantir ou preservar a supremacia de todas as normas constitucionais, como acontece naquelas duas ações. É que o descumprimento que pode ser atacado é somente aquele do preceito fundamental, conceito menor que o de norma constitucional.

A delimitação do conceito de preceito fundamental é objeto de dúvidas, sendo que não se encontra, nem na CRFB/88, nem na Lei nº 9.882/99, enunciado normativo indicando quais normas jurídicas se encontram inseridas na idéia de preceito fundamental. Entretanto isso não pode ser considerado como obstáculo para uma tentativa de definição de seu conceito.

Preceito fundamental é, em uma primeira análise, norma constitucional. Contudo mais uma vez frisamos que nem toda norma constitucional deve ser reputada como preceito fundamental. Por preceito fundamental devem ser entendidas as normas constitucionais que são reputadas como de maior relevância ou destaque, ou que revelam os valores reputados como fundamentais na organização do Estado Brasileiro ou que servem como referenciais ou diretrizes básicas da organização político-jurídica do Estado Brasileiro. Mesmo que não seja possível falar em hierarquia entre normas constitucionais, o texto constitucional aponta para aqueles dispositivos que veiculam as normas, ou os valores, fundamentais da CRFB/88, aqueles “cuja reforma transformaria substancialmente o sistema e o converteria em outro sistema distinto” (PECES-BARBA *apud* TAVARES, 2001, p. 131).

A aproximação da idéia de preceito fundamental com a de normas que revelam os valores fundamentais da CRFB/88 não resolve, por si só, o problema de sua definição. Na verdade, deixa-se um problema (a definição de preceito fundamental) para se enfrentar um outro (a identificação das normas que veiculam os valores fundamentais). Eis porque a doutrina, ainda que proponha definições similares sobre o conteúdo do conceito de preceito fundamental, parece estar longe de um

consenso. Tomando como exemplo lições de três estudiosos sobre a matéria, vê-se que, para Mendes (2004b, p. 465), os preceitos fundamentais são as normas de direitos e garantias individuais, os demais princípios protegidos pelo artigo 60, parágrafo 4º da CRFB/88 (as denominadas cláusulas pétreas) e os chamados “princípios sensíveis”, previstos no artigo 34, inciso VII, da CRFB/88, cuja não-observância é pressuposto para a intervenção federal. Já Barroso (2004, p. 222) entende que, além daquelas normas constitucionais referidas por Mendes (ibid., p. 465), também se qualificam como preceitos fundamentais todas as normas abrigadas no Título I da CRFB/88 – designados como princípios fundamentais – e os direitos fundamentais em geral (e não apenas os individuais). Por sua vez, Tavares (2001, p. 138-152) identifica como preceitos fundamentais parte dos princípios fundamentais inseridos no Título I da CRFB/88 (não incluindo aqueles do artigo 4º), as normas de direitos fundamentais, as normas de estruturação do poder político – “regras que instituem órgãos constitucionais, que lhes traçam a competência e o campo de atuação” (ibid., p. 149) –, as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis. Não nos parece que tais divergências quanto ao conteúdo do conceito de preceito fundamental sejam passíveis de crítica. Relembrando a lição de Kelsen (1995, p. 395), vemos que a ciência jurídica tem por finalidade apresentar as interpretações possíveis quanto ao conteúdo das normas jurídicas, cabendo ao agente credenciado para aplicá-la (no caso, o Supremo Tribunal Federal) a palavra final quanto ao conceito de preceito fundamental.

A terceira característica da argüição de descumprimento de preceito fundamental que foi destacada diz respeito à sua subsidiariedade em relação a outras formas de ataque ao descumprimento de preceito fundamental. Esse é um dos pontos mais discutidos a respeito da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pois se sustenta que a CRFB/88 coloca a argüição de descumprimento de preceito fundamental ao lado dos outros mecanismos de controle de constitucionalidade, lá não se encontrando ordem de preferência entre eles (TAVARES, 2002, p. 257). Contudo o dispositivo da Lei nº9.882/99 que prevê a subsidiariedade da argüição de descumprimento de preceito fundamental vem sendo reconhecido como válido pelo Supremo Tribunal Federal.

É preciso destacar que a Lei nº 9.882/99 estabelece a impossibilidade de utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental quando haja “outro meio eficaz para sanar a lesividade”. Chama-se a atenção para o vocábulo “eficaz”. A propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental não ficará impedida pela mera possibilidade de se utilizar outro meio para sanar o descumprimento de preceito fundamental. O que deve ser verificado é se esse outro meio terá a mesma eficácia da argüição de descumprimento de preceito fundamental para então definir-se a possibilidade de seu exercício ou não.

Uma última questão a ser tratada quanto à argüição de descumprimento de preceito fundamental diz respeito a suas modalidades: a argüição autônoma e a argüição incidental. Essa distinção traz como pano de fundo uma certa frustração das expectativas de parte da doutrina (BARROSO, 2004, p. 228, entre outros) no que se refere ao papel desempenhado pela argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que a idéia original, constante do projeto de lei da argüição de descumprimento de preceito fundamental, era de permitir qualquer cidadão que fosse parte em processo a possibilidade de utilizar a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de afastar a aplicação do ato normativo que descumpre preceito fundamental. Contudo, com o veto presidencial ao inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.868/99, negou-se a possibilidade de qualquer pessoa se valer da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Assim, a diferença entre a argüição autônoma e a argüição incidental se limita ao fato de que, nessa última modalidade, exige-se, além dos requisitos gerais para a propositura da argüição, a demonstração da relevância da controvérsia a respeito do preceito fundamental. Ou seja, a argüição de descumprimento de preceito fundamental em caráter incidental pressupõe a existência de processos judiciais envolvendo norma geral e abstrata, federal, estadual, distrital ou municipal, questionada diante de determinado preceito fundamental, gerando um estado de controvérsia (MENDES, 2004b, p. 438). Caberá então àquele que propõe a argüição de descumprimento de preceito fundamental em caráter incidental demonstrar a relevância de tal controvérsia.

Assim, a argüição de descumprimento de preceito fundamental incidental, inicialmente pensada como instrumento a ser disponibilizado a qualquer parte de processo para garantir o respeito a preceito fundamental, em razão do veto imposto

a certos dispositivos da Lei nº 9.882/99, converteu -se em mecanismo similar à ação declaratória de constitucionalidade (ibid., p. 439).

### 3.3 O CONTROLE ABSTRATO E A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES NOS CASOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

#### **3.3.1 O caráter dúplice ou ambivalente das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade**

Como já se pôde adiantar, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm por efeito provocar um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do estado de compatibilidade entre certa norma e a CRFB/88. Em outras palavras, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade devem ser vistas como pressupostos para emissão de norma-controle sobre a validade (constitucionalidade) de norma. Mais do que o atendimento ao pedido de invalidação da norma que se entende inconstitucional (próprio da ação direta de inconstitucionalidade) ou ao pedido de se afastar o estado de controvérsia sobre a constitucionalidade da norma (típico da ação declaratória de constitucionalidade), o Supremo Tribunal Federal, tanto em uma ação, quanto em outra, emitirá juízo quanto ao estado de compatibilidade da norma com a CRFB/88, isto é, quanto à sua constitucionalidade.

Em síntese, é possível afirmar que o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade ocorrerá, seja em decorrência da utilização da ação direta de inconstitucionalidade, seja em decorrência da utilização da ação declaratória de constitucionalidade. É precisamente esse o conteúdo do artigo 24 da Lei nº 9.868/99:

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.



Vale dizer que aqui ainda não se está a falar dos efeitos da decisão quanto à constitucionalidade de norma, mas da peculiaridade da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: o denominado caráter “dúplice” ou “ambivalente” (MARTINS & MENDES, 2001, p. 288). Entretanto, a prévia menção ao caráter “dúplice” ou “ambivalente” se faz necessária para afirmar que a norma poderá ser reputada inconstitucional tanto em razão do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (quando há julgamento de procedência) quanto em razão do julgamento de ação declaratória de constitucionalidade (quando há julgamento de improcedência).

O caráter dúplice ou ambivalente das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, apesar de reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99 (ibid., p. 288), não é aceito de forma pacífica pela doutrina. Streck (2002, p. 601) associa a questão do caráter ambivalente dessas ações “à querela da constitucionalidade da própria ação declaratória de constitucionalidade”. Isto é, considerando que a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade significa o reconhecimento da constitucionalidade da norma impugnada, o autor coloca em dúvida a verdadeira necessidade de uma ação declaratória de constitucionalidade.

Prosseguindo em sua argumentação, Streck (ibid. p. 601-602) afirma que na Espanha, na Itália, na Bélgica, na Irlanda e na Áustria, o não acolhimento do pedido de invalidação de norma por inconstitucionalidade não é equivalente ao reconhecimento de sua constitucionalidade. Destacando o caso da Áustria, observa que, rejeitada a alegação de inconstitucionalidade, “a rejeição de um pedido de controle de normas apenas reveste força de caso julgado relativamente às dúvidas em concreto manifestadas sobre a constitucionalidade da lei” (ibid., p. 601), o que não impediria, portanto, novas investidas contra a validade da norma, desde que fundadas em outras alegações.

Tendo por base o direito português, Canotilho (1998, p. 1.012) afirma que o não acolhimento “do pedido de declaração de inconstitucionalidade” se apresentaria como “uma *interpretação da norma conforme a constituição*, o que não impede vir o tribunal, em momentos posteriores, por via de controlo abstracto ou através de

recursos por incidente, defender outra interpretação da norma em debate”. Mas essa afirmativa, é preciso registrar, tem por base a premissa de que a Constituição Portuguesa não traz nenhuma previsão quanto aos efeitos da decisão que rejeita a ação direta, ao passo que regula expressamente os efeitos das decisões que acolhem o “pedido de declaração de inconstitucionalidade” (ibid., p. 1.012).

Ainda que o debate quanto ao tema seja instigante, um aprofundamento quanto ao caráter dúplice ou ambivalente das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade foge aos limites deste estudo. O objeto de investigação se refere às decisões que reconhecem inconstitucionalidade de normas e a menção ao caráter dúplice ou ambivalente serve apenas como advertência para reconhecer que este poderá ocorrer, também, por ocasião de julgamento de ação declaratória de constitucionalidade. Aliás, quanto a esse ponto, o próprio Streck (2002, p. 64) aceita, apesar de entender inconstitucional e anômala a ação declaratória de constitucionalidade, que, “julgada improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, disso deflui que a lei é inconstitucional”. O debate maior quanto ao caráter ambivalente, portanto, gira em torno da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Observando o corte metodológico realizado, deixaremos essa discussão para uma outra oportunidade.

### **3.3.2 “Declaração” de constitucionalidade ou inconstitucionalidade**

Ao longo do estudo, evitamos a utilização das expressões “declaração” ou “declarar” ao nos referirmos ao juízo sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma. É preciso reconhecer que a doutrina consagra a utilização das expressões “declarar a inconstitucionalidade” ou “declaração de inconstitucionalidade”, sendo tais expressões também encontradas nas decisões judiciais que expressam o controle de constitucionalidade, assim como nos textos normativos em geral (como, por exemplo, os artigos 52, inciso X, 97, 102, inciso III, alínea “b”, 103, parágrafo 2º, da CRFB/88 e 23, parágrafo único, 26, 27, 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e 11 da Lei nº 9.882/99).

Em princípio, a utilização dessas expressões não nos parece passível de críticas, desde que feitas algumas observações. Não se pode confundir “declaração de inconstitucionalidade” ou “declarar a inconstitucionalidade” com o suposto caráter “declaratório” do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, quando julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade ou improcedente a ação declaratória de inconstitucionalidade ou, ainda, quando o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental resultar no reconhecimento da incompatibilidade de uma certa norma com a CRFB/88.

Antes de enfrentar especificamente essa questão, já adiantamos que, sendo fiel ao referencial teórico e a todos os conceitos até aqui utilizados, não acatamos o entendimento de que uma decisão judicial possa ter um caráter puramente declaratório (KELSEN, 1995, p. 264). A decisão judicial é uma etapa do processo de positivação, processo “no qual o Direito como que se recria em cada momento” (ibid., p. 263), partindo do abstrato e geral até o concreto e individual. A individualização do comando jurídico abstrato e geral, no entanto, não é mera “declaração” do direito. É preciso que o julgador verifique *in concreto* os pressupostos que a norma abstrata e legal estabelece para individualização do comando nela previsto:

A decisão, é verdade, aplica uma norma geral preexistente na qual certa conseqüência é vinculada a certas condições. Mas a existência das condições concretas em conexão com as conseqüências concretas é, no caso concreto, estabelecida primeiro pela decisão do tribunal. (KELSEN, 2000b, p. 197).

Portanto, seja por estabelecer a presença das condições para aplicação da norma, seja por estabelecer os efeitos concretos de sua aplicação, a decisão judicial possui efeito constitutivo (KELSEN, 1995, p. 264):

Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa. (ibid., p. 265).

Apesar de tudo, a idéia de que existem decisões de conteúdo meramente declaratório é plenamente aceita pela ciência jurídica brasileira, o que parece ser

fruto da influência da ciência jurídica de origem continental européia que adota tal entendimento (KELSEN, 2000b., p. 197). Fala-se então em decisões judiciais de caráter meramente declaratório, ao lado das de caráter condenatório ou de caráter constitutivo (CINTRA et al., 2004, p. 303-305). A decisão meramente declaratória seria aquela que atestaria a existência ou inexistência de uma certa relação jurídica, ou, excepcionalmente, aquela que se pronuncia a respeito da existência de certos fatos (como prevê o art. 5º do Código de Processo Civil, ao admitir que a ação tenha por objeto o pronunciamento quanto à autenticidade ou à falsidade de documentos) (ibid., p. 303). Há teor “meramente declaratório” em razão de a decisão judicial não trazer nenhuma inovação ou repercussão jurídica, isto é, nenhuma alteração nas relações jurídicas (ou fatos) preexistentes.

A decisão que confirma a existência ou inexistência de uma certa relação jurídica, contudo, não nos parece de caráter meramente declaratório, porque a pretensão de postular pelo reconhecimento da existência ou não de uma relação jurídica toma como pressuposto um conflito atual ou iminente, decorrente da incerteza quanto a uma relação jurídica. Dessa forma, mesmo que se afirme que a decisão “meramente declaratória” simplesmente atesta a existência ou inexistência de uma relação jurídica, terá ela conteúdo constitutivo na medida em que tal pronunciamento será decorrente de um “estado de incerteza jurídica” que deverá ser verificado em concreto pelo julgador. Por outro lado, é reconhecido que a decisão meramente declaratória, segundo Cintra et. al., “terá efeito normativo no que concerne à existência ou [à] inexistência da relação jurídica entre as partes” (ibid., p. 304), o que implica ser ela capaz de – segundo Nascimento Filho – “proteger a parte que obteve o provimento favorável de eventual incursão de outra, que deseje fazer valer posição oposta à definida no ato decisório judicial” (1996, p. 61). Esse efeito normativo e essa proteção referidas ao final não eram “preexistentes” à decisão final, por isso não nos parece possível falar em provimento “meramente declaratório”.

Não se está aqui a criticar a distinção feita pela ciência processual quanto aos efeitos que podem ser produzidos pelas decisões judiciais. A crítica maior está na adoção do termo “declaratório” e na crença de que esse tipo de decisão judicial não traz nenhuma inovação para a ordem jurídica.

De qualquer forma, adotando a distinção entre sentenças (decisões) de caráter declaratório, condenatório e constitutivo, é-nos preciso examinar com cuidado cada hipótese de “declaração de (in)constitucionalidade” antes de enquadrá-las em uma dessas modalidades.

Tratando-se de inconstitucionalidade por ação, não se pode dizer que a decisão que julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade – ou improcedente a ação declaratória de constitucionalidade – tenha caráter “meramente declaratório”. Como foi afirmado, a norma inconstitucional possui validade, ou seja, pertence à ordem jurídica. Com a “declaração de inconstitucionalidade” a norma atacada será invalidada, o que significa que haverá inegável e relevante repercussão na ordem jurídica proferida pela decisão. Segundo Miranda:

A sentença ou parte da sentença sobre inconstitucionalidade da lei não é, *em si*, sentença declarativa, a despeito da ambígua (melhor: equívoca) expressão “declaração de inconstitucionalidade”. Quem tenha lentes lógicas para ver rente aos fatos, desde logo distingue o que haveria de contradição nos conceitos: “declaração de existência (ou inexistência” da lei”) e “inconstitucionalidade” (isto é, dessa *qualidade* da lei), como se inconstitucionalidade e inexistência se equivalessem. (MIRANDA, 1967, p. 379-380).

Por outro lado, nos casos de inconstitucionalidade por omissão, a decisão que a reconhecer terá caráter declaratório (opõe-se a isso, MENDES, 2004a, p. 343), pois “limita-se a *dar ciência ao Poder competente omissis*” (QUARESMA, 1995, p. 62). Para Barroso:

Do ponto de vista objetivo, a declaração de inconstitucionalidade por omissão não afeta, por si só, o ordenamento jurídico em vigor. Somente haverá alguma modificação do direito posto se e quando o Poder ou órgão administrativo vierem a editar o ato normativo faltante. (BARROSO, 2004, p. 214).

Ainda tendo por base a distinção feita pela ciência jurídica processual, no caso da decisão de procedência da ação declaratória de constitucionalidade (considerada equivalente à de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade) seria possível falar de um caráter declaratório. Ao afirmar a constitucionalidade da norma jurídica, a decisão de procedência da ação declaratória de constitucionalidade

possui caráter declaratório, devendo a norma ser observada ou aplicada, na medida em que se afasta um “estado de incerteza” quanto à sua constitucionalidade.

De tudo o que se afirmou, é preciso deixar assente que, em se tratando de inconstitucionalidade por ação, a “declaração de inconstitucionalidade”, quando do exercício do controle de constitucionalidade, não é jamais uma “declaração” de uma situação jurídica preexistente. Declara-se a inconstitucionalidade e se desconstitui a validade (ou se lhe retira a eficácia técnica, no caso de controle concreto). Isto é: havendo a constatação do estado de incompatibilidade entre a norma (ou modo de sua produção) e a constituição, haverá a invalidação da norma – quanto se tratar de controle abstrato de constitucionalidade –, ou a retirada de sua eficácia técnica – quando se tratar de controle concreto.

O “caráter declaratório” pode ser observado nas hipóteses de “declaração de constitucionalidade” ou “declaração de inconstitucionalidade por omissão”. Ainda que não estejam dentro do objeto da pesquisa, sobre elas serão feitas algumas considerações para que então possamos enfrentar os efeitos da invalidação da norma declarada inconstitucional.

### **3.3.3 Efeitos da declaração de constitucionalidade**

Apesar de os efeitos da declaração de constitucionalidade não se inserirem dentro dos limites do presente estudo, uma breve exposição sobre o tema poderá auxiliar a compreensão do objeto de estudo proposto.

Já tivemos a oportunidade de mencionar que há controvérsia quanto aos efeitos do julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, sendo que os questionamentos, de certa forma, remetem à polêmica a respeito da constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade (STRECK, 2002, p. 601). Essas discussões não serão consideradas no momento, ficando nossa análise restrita aos efeitos da declaração de constitucionalidade tal como prevista na CRFB/88 e na Lei nº 9.868/99.

Caso o conteúdo da norma-controle sobre a validade da norma jurídica editada pelo Supremo Tribunal Federal estabeleça que a norma jurídica, ou a forma de sua produção, é compatível com a CRFB/88, isto é, havendo “declaração de constitucionalidade” da norma em controle abstrato, estarão os agentes credenciados a aplicar a norma impedidos de editar norma-controle sobre a eficácia técnica de tal norma. Em outras palavras, a “declaração de constitucionalidade” implica a impossibilidade de qualquer outro órgão do judiciário afastar a aplicação da norma sob o fundamento de inconstitucionalidade. Em síntese, a aplicação da norma que foi objeto de “declaração de constitucionalidade” não poderá deixar de ocorrer sob o fundamento de inconstitucionalidade.

É preciso destacar que a obrigação quanto à aplicação da norma jurídica que foi objeto do controle de constitucionalidade já existia, inclusive para o judiciário, que deve resolver os conflitos a ele submetidos com base na ordem jurídica. Ocorre que essa obrigatoriedade de aplicação da norma jurídica pode ser afastada com a edição da norma-controle sobre eficácia técnica, editada sob fundamento – ou tendo por pressuposto – a sua inconstitucionalidade. Entretanto, em razão da edição de norma-controle sobre a validade de norma, atestando sua compatibilidade com a CRFB/88, eventual alegação de inconstitucionalidade fica afastada, não sendo mais possível a edição de norma-controle sobre a eficácia técnica e, conseqüentemente, a não aplicação da norma “declarada constitucional”.

A “declaração de constitucionalidade”, contudo, não eterniza a norma no ordenamento jurídico. Nada impede que a norma venha a ser revogada pelo processo comum de revogação. Por outro lado, diante de alterações de circunstâncias fáticas ou de uma nova interpretação dada a dispositivo constitucional, a norma antes tida por constitucional poderá, em momento seguinte, ser considerada incompatível com a constituição (ver tópico 2.4.2.5).

Do que se afirmou anteriormente, é possível deduzir que a norma-controle sobre a validade da norma jurídica, ao afirmar sua constitucionalidade, traz como efeito a proibição de que ela deixe de ser observada, dirigida a todos aqueles que são responsáveis pela sua aplicação. Fala-se então que a “declaração de constitucionalidade” em controle abstrato possui “efeito vinculante”, isto é, obriga a

todos os órgãos responsáveis pela aplicação da norma a aceitarem e, conseqüentemente, a necessariamente aplicarem como válida a norma “declarada” constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Fala-se também em eficácia para todos ou “erga omnes” da “declaração de constitucionalidade”. Por certo, a menção a tal eficácia acentua o fato de que não apenas aquele que ajuizou a ação declaratória de constitucionalidade (ou ação direta de inconstitucionalidade) será afetado pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Como se tratará de edição de norma-controle sobre a validade (existência jurídica ou pertinência ao ordenamento jurídico), todos aqueles eventuais destinatários da norma serão afetados, ficando-lhes vedada a sua impugnação ou a de seus efeitos concretos sob o fundamento de sua inconstitucionalidade.

Voltaremos a tratar da eficácia vinculante e “erga omnes” quando tratarmos especificamente dos efeitos da “declaração de inconstitucionalidade” da norma.

### **3.3.4 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão**

Também já se afirmou que a inconstitucionalidade por omissão não integra o objeto da presente pesquisa. De qualquer forma, também acreditamos que uma breve exposição dos efeitos de seu reconhecimento também poderá servir de apoio para a elucidação de algumas questões mais relacionadas ao problema proposto.

Relembramos que a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a existência, na constituição, de normas que estabeleçam o exercício da competência de forma obrigatória. Ou seja, a inconstitucionalidade por omissão é resultado do desrespeito a uma norma de competência-desempenho de caráter obrigatório prevista na constituição. Contudo, o que se depreende da ordem jurídica brasileira é que não há mecanismos a resolver a omissão que se apresenta como contrária às normas constitucionais. Em outras palavras, não há previsão de “sanção” em decorrência do vício de inconstitucionalidade por omissão. E, se não há sanção prevista no ordenamento jurídico em decorrência do não cumprimento de uma certa conduta, é



porque tal conduta não pode ser reputada como obrigatória, o que acaba por descaracterizar a inconstitucionalidade por omissão como verdadeiro vício.

Como já foi afirmado, a declaração de inconstitucionalidade por omissão não possui outro conteúdo a não ser o de declarar a omissão. Apesar de autores como Mendes (2004a, p. 343-346) e Silva (2002, p. 55-56) sustentarem o caráter condenatório ou uma eficácia mandamental da decisão de declaração de inconstitucionalidade por omissão, não se percebe, com a declaração de inconstitucionalidade por omissão, nenhuma forma de “obrigar o legislador a legislar” (SILVA, 2002, p. 56), nem atribuição de competência ao Supremo Tribunal Federal para suprir a omissão normativa (MENDES, 2004a, p. 345). Mais uma vez, afirmamos que, se não há sanção jurídica em decorrência da não realização de uma conduta, não se pode reputar que ela seja considerada obrigatória. Além disso, se a decisão que declara a omissão normativa não pode ser “executada”, fica nítido seu conteúdo “meramente declaratório”.

### **3.3.5 Declaração de inconstitucionalidade e invalidação**

Já se afirmou que a utilização da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade ou da arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá trazer como efeito a edição de norma-controle sobre a validade de norma. Tal norma terá em seu antecedente o reconhecimento da (in)constitucionalidade da norma ou da forma de sua produção e em seu conseqüente os efeitos que a ordem jurídica atribui a tal situação. O que interessa agora é identificar as conseqüências que a ordem jurídica atribui ao reconhecimento de que há no ordenamento jurídico norma não compatível com as normas constitucionais (inconstitucionalidade material), ou cuja produção se deu de forma incompatível com as normas constitucionais (inconstitucionalidade formal).

Lembramos que a norma inconstitucional é norma válida, integra o ordenamento jurídico, por isso produz efeitos, podendo, inclusive, ser aplicada. Contudo, em razão de sua incompatibilidade com a CRFB/88, esta prevê, basicamente, duas conseqüências: poderá ela deixar de ser aplicada na resolução de conflitos (o que

autoriza a edição de norma-controle sobre a eficácia técnica) ou poderá ela ser invalidada, com sua expulsão do sistema, por meio de um mecanismo especial (a norma-controle sobre a validade).<sup>11</sup>

Havendo um ataque direto à norma (controle abstrato), a declaração de sua inconstitucionalidade significa que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal terá como conteúdo a edição de norma-controle que terá por efeito invalidar uma norma inconstitucional. Isto é, o estado de incompatibilidade entre a CRFB/88 e uma outra norma leva à sua expulsão do ordenamento jurídico. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal atua como uma espécie de norma de derrogação (KELSEN, 1986, p. 133), retirando a norma do ordenamento jurídico.

A invalidação da norma inconstitucional significa que ela desaparecerá da ordem jurídica. É sob esse prisma que destacaremos os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de norma em controle abstrato ou, como preferimos, da norma-controle que retira a validade da norma inconstitucional.

### **3.3.6 O efeito vinculante e o efeito *erga omnes***

A invalidação de uma norma jurídica em contradição com outra, como constatado por Kelsen (ibid., p. 267-274), decorre de prescrições do próprio ordenamento jurídico e não da aplicação de princípios lógicos ou científicos. Invalidar uma norma que esteja em contradição ou em estado de incompatibilidade com a constituição é, precisamente, a função específica da norma-controle sobre a validade editada pelo Supremo Tribunal Federal.

A invalidação da norma é prescrita por normas que Kelsen (1986, p. 133) denomina normas de derrogação, ou normas que podem ser inseridas dentro da classe das normas de revisão sistêmica. De acordo com Moussallem:

... quando a aplicação de uma norma  $N_1$  tiver como escopo principal, não uma conduta humana, mas a modificação ou extinção de norma  $N_2$ , estaremos diante de uma revisão do sistema do direito positivo e

---

<sup>11</sup> Nada impede que a norma jurídica inconstitucional perca sua validade por meio da simples revogação.

passaremos a designá-la *norma de revisão sistêmica*. Nesta, o efeito imediato é a norma N<sub>2</sub>, a conduta é o efeito mediato. (MOUSSALLEM, 2001, p. 93)

As normas de revisão sistêmica do tipo derogatórias, portanto, são aquelas que imediatamente atuam sobre uma norma que, até então, pertencia ao ordenamento jurídico. É o caso da norma-controle editada pelo Supremo Tribunal Federal quando se constata a inconstitucionalidade de uma norma.

Ocorre que, ainda que a norma de revisão sistêmica tenha por objeto imediato uma outra norma, não deixa ela de ser uma norma que prescreve uma conduta (ibid., p. 93). É precisamente da análise da conduta prescrita na norma de revisão sistêmica que identificamos o efeito vinculante e o efeito *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.

O efeito vinculante da decisão que declara a inconstitucionalidade de norma não é diferente da vinculação que os agentes credenciados a produzir normas jurídicas possuem com o próprio ordenamento jurídico. Já afirmamos que a produção normativa é atividade regulada com base no próprio ordenamento jurídico, em especial pelas chamadas normas de competência. Da mesma forma que habilita certos agentes a criar normas jurídicas, o direito positivo estabelece que o façam sempre em observância a seus comandos. Assim, da mesma forma que a introdução de uma norma ou a sua alteração devem ser observadas pelos agentes credenciados a produzir normas, a extinção ou a invalidação de uma norma produzirá o mesmo resultado. Isto é, a norma de revisão sistêmica traz a obrigação aos agentes responsáveis pela aplicação das normas de que observem a introdução, alteração ou invalidação de uma certa norma jurídica.

Nesse ponto, podemos dizer que a norma-controle sobre a validade jurídica de norma inconstitucional pode ser enunciada como: dada a inconstitucionalidade da norma declarada pelo Supremo Tribunal Federal por via direta, deve ser a não-aplicação da norma inconstitucional pelos órgãos competentes (idéia defendida por LINS, 2005, P. 153). O efeito vinculante nada mais seria do que o dever jurídico imposto a certos órgãos que, a partir da decisão, passam a estar proibidos de aplicar a norma inconstitucional (ou obrigados a não aplicá-la). Relembramos: a aplicação

aqui é entendida como a capacidade de a norma poder regular a criação de uma outra norma jurídica.

O que foi afirmado nos leva à conclusão de que a previsão contida no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99, bem como a nova redação do parágrafo segundo do artigo 103 da CRFB/88, longe de inovações (em posição contrária, considerando tratar-se de novidade, BARROSO, 2004, p. 156) nada mais fazem que expressar efeito inerente ao controle abstrato de constitucionalidade (FERRARI, 1999, p. 180). A norma inconstitucional perde sua validade em virtude da norma-controle editada pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, ela deixa o ordenamento jurídico, e, por consequência, não pode ser aplicada por mais ninguém. O mesmo raciocínio se aplica à decisão que atesta o descumprimento de preceito fundamental em argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É interessante verificar que o artigo 28 da Lei nº 9.868/99 faz menção ao efeito vinculante da norma-controle sobre os órgãos do poder judiciário e do poder executivo. Essa disposição deve ser vista com cautela. De fato, a vinculação se voltaria, em princípio, para as funções executivas e judiciárias, as quais se encontram vinculadas àquelas normas que são objeto do controle abstrato de constitucionalidade (de modo geral, normas legais ou a elas equiparadas). A função legislativa, na medida em que se orienta diretamente pela constituição, não seria afetada pela invalidação de norma de natureza infraconstitucional. Entretanto, é preciso frisar que a divisão de funções não é rigorosa, sendo que, por vezes, o órgão legislativo exerce funções tipicamente executivas ou judiciárias, além do fato de que, tem sua atuação também pautada por normas infraconstitucionais (como, por exemplo, resoluções, decretos legislativos) que, portanto, podem ser objeto de invalidação por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Se a norma-controle sobre validade traz em seu consequente o dever de não aplicação da norma tida por inconstitucional (o efeito vinculante), é preciso reconhecer que também trará o direito daqueles que seriam seus destinatários de não sofrer os efeitos da aplicação da norma tida por inconstitucional. Tal direito corresponde ao denominado efeito *erga omnes*. Ou seja, na medida em que a norma-controle estabelece a não-aplicação da norma inconstitucional, aqueles que

por ela seriam afetados passam a ter o direito de não sofrer as conseqüências de sua aplicação.

Efeito vinculante e efeito *erga omnes* nada mais são do que o dever jurídico e o direito subjetivo da relação jurídica prevista na norma-controle. Declarada inconstitucional a norma, haverá o dever de não aplicação (dirigido àqueles que estavam credenciados a tanto) e o direito de não se inserir na relação jurídica que seria instaurada pela norma inconstitucional (dirigido a todos aqueles que seriam os seus destinatários). “Assim – para Lins –, ao efeito vinculante relacional da perspectiva da Administração e do Poder Judiciário corresponde o efeito *erga omnes* em relação aos administrados” (LINS, 2005, p. 159). Dessa forma, a norma-controle pode ser também enunciada como: dada a inconstitucionalidade da norma declarada pelo Supremo Tribunal Federal por via direta, deve ser o direito de todos não sofrerem os efeitos decorrentes de sua aplicação (ibid., p. 158) ou, de forma completa, dada a inconstitucionalidade da norma declarada pelo Supremo Tribunal Federal por via direta, deve ser a sua não aplicação pelos órgãos competentes e o correspondente direito de todos não sofrer os efeitos de sua aplicação.

Surge agora a questão quanto à aplicação no tempo da norma-controle sobre a validade. Torna-se necessário determinar de que forma a invalidação da norma inconstitucional – e o dever de não aplicação da norma inconstitucional e direito de não sofrer os seus efeitos conseqüentes – atua sobre as situações futuras e, especialmente, as já ocorridas que se amoldem à hipótese por ela regulada. Sob outro prisma, é preciso definir de que forma, no ordenamento jurídico brasileiro, o efeito vinculante e o efeito *erga omnes*, previstos no conseqüente da norma-controle sobre a validade, atuam sobre situações passadas.

### **3.3.7 O efeito temporal**

#### **3.3.7.1 Efeito prospectivo e retroativo**

Ao tratarmos dos conceitos de vigência e de vigor (tópico 1.3.2.9), fizemos alusão à possibilidade de uma norma jurídica produzir os seus efeitos (ter força vinculante ou

possuir vigor) somente sobre fatos que ocorram no período em que é vigente, como também sobre fatos passados. Diremos que, no primeiro caso, a norma possui efeito prospectivo (para o futuro), enquanto no segundo caso a norma possui efeito retroativo (para o passado) e prospectivo.

De forma geral, as normas veiculadas em lei possuem efeito prospectivo. As garantias voltadas à estabilidade das relações jurídicas (proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada), além da exigência da prévia definição em lei para configuração dos atos ilícitos não são mais que vedações à retroatividade de normas. Porém a retroatividade não é completamente afastada, sendo usual e permitida em muitos casos. Aliás, a própria CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso XL, traz a previsão de retroatividade da lei penal que venha a beneficiar o réu.

Note-se que, nesse caso, a norma penal anterior era válida e produzia efeitos, sendo obrigatória a sua observância. Porém a norma posterior se volta aos fatos pretéritos, permitindo uma nova qualificação jurídica àqueles fatos que antes foram subsumidos à norma anterior. Essa hipótese deixa claro que a retroatividade não está, de forma alguma, vinculada à idéia de que não existia norma anterior sobre a matéria. A norma penal anterior que qualificava determinado fato como crime possuía validade e vigor. Contudo norma posterior ao desqualificar esse mesmo fato como ilícito penal, volta-se ao passado, desconstituindo (juridicamente) os efeitos da norma anterior.

A questão a respeito do efeito prospectivo e do efeito retroativo de uma norma jurídica surge também no exame da nulidade e da anulabilidade da norma inconstitucional. Tanto nulidade quanto anulabilidade se referem a vícios na produção da norma jurídica. A diferença está nos efeitos da medida (a norma-controle) prevista no ordenamento para reparar o vício (TEIXEIRA, p. 425). Se a ordem jurídica prevê que a invalidação da norma ou de ato jurídico viciado importa na possibilidade de revisão de suas conseqüências jurídicas, teremos então uma hipótese de nulidade. Nesse caso, a norma-controle terá efeito retroativo. Já nos casos em que ocorre a invalidação com a manutenção dos efeitos jurídicos

produzidos pela norma ou pelo ato jurídico viciado, estaremos diante de hipótese de anulabilidade. Aí a norma-controle terá efeito apenas prospectivo (tópico 2.4.3).

A investigação quanto ao efeito temporal da norma-controle sobre a validade editada pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, deve ser feita com base no ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração as conseqüências nele previstas para a invalidação da norma inconstitucional. Contudo, diante da influência do direito estrangeiro no que diz respeito ao controle de constitucionalidade (a respeito, ver tópico 3.1), faremos, previamente, uma breve exposição sobre como essa matéria vem sendo tratada em outros Estados.

### 3.3.7.2 Efeito temporal na tradição constitucional norte-americana

Como já foi anotado, a partir do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, predomina na Suprema Corte norte-americana o entendimento de que a norma inconstitucional seria nula, atribuindo-se efeito retroativo à decisão que declara a inconstitucionalidade. Esse efeito retroativo seria decorrência da supremacia da constituição, como foi sintetizado por Sarmento:

Se a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma fosse dotada apenas de efeitos desconstitutivos, gozando de eficácia *ex nunc*, isto importaria no reconhecimento da validade dos efeitos da lei inconstitucional, produzidos até o advento da decisão. Tal sistemática se afiguraria contrária ao postulado da supremacia da Lei Maior, pois permitiria que, durante certo período, uma norma infraconstitucional se sobrepusesse à Constituição, desacatando impunemente os seus mandamentos. (SARMENTO, 2002, p. 103).

Conforme Tribe (2000, p. 216) a Suprema Corte Americana, ao adotar preponderantemente a tese da retroatividade dos efeitos da decisão que declara a norma inconstitucional, utiliza como fundamento a idéia de que atos ou normas inconstitucionais não existem juridicamente. Isso significa que, com base em atos ou normas inconstitucionais, não se poderia juridicamente obrigar ninguém a cumprir certas condutas.

A tese da nulidade como inexistência da norma inconstitucional já foi objeto de crítica neste estudo (tópico 2.4.3). Kelsen (2003, p. 308-309), analisando especificamente o direito norte-americano, demonstrou a dificuldade em sua aceitação, ao considerar que apenas os tribunais têm o poder de decidir sobre a constitucionalidade das normas, o que quer dizer que, até que isso ocorra, a norma deve ser considerada válida. O fato de a decisão abolir a norma inconstitucional com força retroativa não significa que essa norma não deva ser considerada válida (ibid., p. 309).

Até mesmo entre os norte-americanos, como foi observado por Tribe (2000, p. 214), a tese da inexistência da norma inconstitucional não é plenamente aceita. Mais que isso, a própria Suprema Corte, cuja tradição é adotar a retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade de normas, chegou a se pronunciar pela não retroatividade em certos casos.

No julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, a Suprema Corte norte-americana afirmou que a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte não trata dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, nem proibindo, nem exigindo sua retroatividade (ibid., 218). A decisão dizia respeito à aplicação do julgado *Mapp vs. Ohio*, quando a Suprema Corte passou a entender serem inadmissíveis provas ilícitas no processo penal (SARMENTO, 2002, p. 112). *Linkletter*, condenado com base em provas ilícitas antes do julgamento de *Mapp vs. Ohio*, pleiteou a revisão de sua condenação. Entretanto a Suprema Corte negou seu pedido afirmando que a retroatividade das decisões sobre inconstitucionalidade em casos criminais, fundadas em um novo princípio, era questão de política judiciária, devendo ser resolvida em cada caso (TRIBE, 2000, p. 219). A não retroatividade em casos criminais também foi afirmada no julgamento do caso *Stovall vs. Denno* (ibid., p. 219).

A doutrina da não retroatividade também foi acolhida em *Chevron Oil Co. vs. Huson*, sendo ali decidida a não-retroatividade da decisão que dissesse respeito a um novo princípio, sendo a não-retroatividade voltada a evitar injustiça ou graves danos, desde que não ficassem indevidamente restringidos o propósito e o efeito do novo princípio (ibid., p. 219).



Nota-se que, nos precedentes destacados, a não retroatividade da declaração de inconstitucionalidade está relacionada à construção jurisprudencial de novos princípios constitucionais, que geram situações de inconstitucionalidade superveniente.

Atualmente, ainda que a tese da não retroatividade seja invocada por alguns dos membros da Suprema Corte norte-americana (ibid., p. 220), prevalece nos Estados Unidos o entendimento da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade.

### 3.3.7.3 Efeito temporal na Áustria

Analisando a Constituição da Áustria de 1920, com as modificações introduzidas em 1929, Kelsen (2004, p. 305) observava que o Tribunal Constitucional Austríaco poderia invalidar a norma inconstitucional, tendo essa decisão efeito meramente prospectivo (*ex nunc*). Essa é a regra que é até hoje prevista no artigo 140 da Constituição da Áustria.

Contudo Kelsen já observava a possibilidade de retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Isso ocorreria na hipótese de a decisão sobre a constitucionalidade surgir como resultado de argüição incidental (tópico 3.1). A argüição incidental ocorreria quando surgisse dúvida quanto à constitucionalidade de determinada norma no julgamento de determinado caso, permitindo que a Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*) ou a Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) – que correspondem às instâncias ordinárias superiores – provocassem o Tribunal Constitucional. Nessa hipótese, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional teria eficácia retroativa para aquele caso. Conforme Kelsen:

A lei anulada pela decisão da corte não podia mais ser aplicada ao caso que provocara sua revisão e anulação. Uma vez que o caso ocorrera antes da anulação, esta era, em relação ao referido caso, retroativa em sua eficácia. (ibid., 305).

Ainda a respeito da eficácia temporal, Kelsen (ibid., p. 305) chamou a atenção para a possibilidade de o Tribunal Constitucional estabelecer uma data não superior a um

ano, para a decisão passar a produzir efeitos. Isto é, o Tribunal Constitucional, ainda que constatasse a incompatibilidade entre a norma e a constituição, poderia manter a norma inconstitucional válida até uma certa data, a partir da qual sua decisão passaria a produzir os efeitos: “Esse prazo permitia à legislatura substituir a lei impugnada por uma nova que fosse constitucional, antes que a anulação se tornasse efetiva” (ibid., p. 305).

Conforme Bonavides (2004, p. 336), a prevalência do efeito prospectivo da declaração de inconstitucionalidade no direito austríaco é influência do pensamento de Kelsen. Sem sombra de dúvida, Kelsen não escondia uma certa “preferência” pelo efeito prospectivo nesses casos, trazendo justificativas para isso.<sup>12</sup> Dizia Kelsen que a eficácia retroativa seria de difícil justificação “não apenas pelas conseqüências críticas de qualquer efeito retroativo”, mas também porque a norma criada pelo legislador se apresentava como uma espécie de interpretação da norma constitucional que deveria ser respeitada, até a decisão da corte (ibid., p. 305).

Apesar disso, é preciso afirmar, que Kelsen não negava a possibilidade de a decisão de declaração de inconstitucionalidade, em tese, possuir efeitos retroativos:

Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos... (KELSEN, 1995, p.306).

Em conclusão, percebe-se que o controle de constitucionalidade praticado na Áustria traz, como regra, efeito prospectivo. Mas isso não significa que sempre que ocorra controle de constitucionalidade do tipo abstrato (norma-controle sobre validade), tal como ocorre na Áustria, o efeito será sempre, ou em regra, prospectivo (idéia oposta está em JEVEAUX, 2003, p. 101). Trata-se de questão que cada ordem jurídica determinará, nada impedindo que a anulação da norma inconstitucional tenha um grau tal que possa implicar possibilidade de seus efeitos já deflagrados serem revistos. O controle abstrato praticado na Áustria possui efeito prospectivo em razão da previsão contida na constituição e não porque o controle

---

<sup>12</sup> Nesse ponto, diga-se de passagem, Kelsen parece abandonar os rigorosos postulados de sua Teoria Pura, ao atribuir maior valor às decisões com efeitos prospectivos.

abstrato não se compatibiliza com o efeito retroativo, nem porque Kelsen, tido como um dos “responsáveis” pela criação desse tipo de controle na Áustria, o defendia. Até porque, como foi antes afirmado, o próprio Kelsen admitia a possibilidade de efeito retroativo para a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional.

### 3.3.7.4 A tradição brasileira

Afirma Mendes (1990, p. 275) que “o dogma da nulidade da lei inconstitucional é uma verdadeira tradição do Direito Brasileiro”. É preciso lembrar que, como já visto, a nulidade da norma inconstitucional acaba assumindo dois diferentes significados na doutrina nacional. Ora ela é equiparada à não existência (não validade) da norma inconstitucional (CAMPOS, 1956, p. 434), ora ao vício da norma constitucional que, embora existente (tendo validade, segundo a terminologia aqui adotada), poderia ter seus efeitos revistos (BARROSO, 2004, p. 14).

De qualquer forma, o que parece ser inequivocamente tradição no direito brasileiro é a atribuição de efeito retroativo à decisão que declara a inconstitucionalidade de norma. É majoritária a doutrina que sustenta a nulidade da norma inconstitucional (entre outros, CLÈVE, 1995, p. 165; BARROSO, 2004, p. 18; MENDES, 1990, p. 277-278; CASTRO, 2002, p. 55; SARMENTO, 2002, p. 114, POLETTI, 2000, p. 127), sendo que é esse o entendimento que prevalece também nos tribunais.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, afirmou como regra a nulidade da lei inconstitucional. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 652 (1993, p. 5615), decidiu aquela corte que:

... a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama – a partir de sua absoluta ineficácia jurídica – o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece a sua incompatibilidade hierárquico normativa com a Lei Fundamental.

Esse mesmo entendimento pode ser encontrado em outros acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, como nos julgamentos da ação direta de inconstitucionalidade nº 513 (1992, p. 19514), do agravo em agravo de instrumento

nº 314.481 (2001, p. 57), dos recursos extraordinários nº 93.356 (1981, p. 3854) e nº 103.619 (1985) e das representações nº 971 (1978) e nº 1.016 (1979, p. 8043).

Essa tradição pode ser relacionada ao fato de que o Brasil sofreu profunda influência norte-americana no que diz respeito ao desenvolvimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade e, por consequência, de seus efeitos.

De fato, após a instauração da república, o ordenamento jurídico brasileiro passou a expressamente prever a possibilidade de qualquer órgão judiciário afastar a aplicação de norma inconstitucional (controle concreto ou norma-controle sobre eficácia técnica), de forma bastante similar àquela prevista nos Estados Unidos da América do Norte (tópico 3.1). Segundo Mendes:

A influência do Direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, a e b). (MENDES, 1990, p. 170-171).

Pode-se dizer, então, que o estabelecimento na ordem jurídica brasileira de um modelo de controle de constitucionalidade similar ao norte-americano levou a doutrina e os tribunais brasileiros a adotarem a concepção de nulidade da lei inconstitucional e consequente retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana (ver tópico 3.3.7.2). Com a posterior introdução na ordem jurídica brasileira do controle abstrato de constitucionalidade, foi a ele atribuído, tanto pela doutrina, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, a mesma eficácia retroativa já atribuída ao controle concreto de constitucionalidade (CASTRO, 2002, p. 54).

Mas é preciso assinalar que o Supremo Tribunal Federal, tal como a Suprema Corte norte-americana, proferiu decisões em que a concepção de nulidade da lei inconstitucional sofreu certas limitações ou foi, até mesmo, afastada.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso em mandado de segurança nº 17.976 (1969, p. 142), mesmo afirmando que a declaração de inconstitucionalidade “torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei

inconstitucional”, concluiu que a decisão judicial transitada em julgado antes da declaração de inconstitucionalidade que aplicou a norma inconstitucional deveria ser respeitada, só podendo ser atacada por meio de ação rescisória. Idêntico entendimento pode ser conferido nos julgamentos do recurso extraordinário nº 86.056 (1977) e da reclamação nº 148 (1983, p. 8957).

Essa orientação levou Mendes (1990, p. 280) a afirmar que o controle de constitucionalidade no Brasil “parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina da retroatividade: a coisa julgada”.

Uma outra limitação encontrada em decisões do Supremo Tribunal Federal diz respeito, conforme observa Barroso (2004, p. 20), à irredutibilidade de vencimentos, quando se tratou de valores recebidos por magistrados com fundamento em norma inconstitucional. Observa-se das decisões proferidas por aquela Corte sobre, em especial aquela relativa ao julgamento do recurso extraordinário nº 122.202 (1994, p. 7243) que a restrição ao efeito *ex tunc* teve por fundamento não apenas a garantia de irredutibilidade de vencimentos, mas também a boa-fé e a garantia de estabilidade das relações jurídicas (segurança jurídica), desobrigando a devolução de valores que foram recebidos com fundamento em norma inconstitucional antes de sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra situação que levou o Supremo Tribunal Federal a restringir os efeitos da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade ocorreu quando examinou questionamento quanto à validade de penhora efetuada por pessoa que fora nomeada oficial de justiça com base em norma inconstitucional. Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a nulidade dos atos praticados com base em norma inconstitucional deveria ceder em nome da segurança jurídica e da boa-fé, reconhecendo, ao final, a validade da penhora, como se extrai do julgamento do recurso extraordinário nº 78.533 (1982, p. 1290).

É preciso registrar que todas essas decisões mencionadas foram proferidas antes do advento das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, que trouxeram a expressa previsão de limitação dos efeitos temporais da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional (controle abstrato). Por isso, já se apresenta como de difícil

aceitação que a nulidade da norma inconstitucional possa ser considerada como um princípio constitucional implícito, como parte da doutrina o faz (entre outros, CLÈVE, 1995, p. 165).

De tudo o que se afirmou, mostra-se claro que a tradição brasileira de se reconhecer efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade se deve muito mais à adoção de postulados teóricos de origem norte-americana – que serviram de fundamentação e de explicação para o controle concreto – do que a uma “lógica” inerente e necessária ao controle de constitucionalidade, ou a um “princípio constitucional” que estabelece a nulidade da norma inconstitucional.

Não se pode vincular a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas à nulidade da norma inconstitucional. Como afirma Mendes (1990, p. 18-19) “impõe-se reconhecer que o *dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória*”. E complementa: “a nulidade resulta da inconstitucionalidade, não se configurando, porém, uma conseqüência lógica desta” (ibid., p. 19). Bastaria o exemplo da Áustria para confirmar essa idéia. Além disso, outros Estados como Itália, Alemanha, Espanha e Portugal (CAPPELLETTI, 1999, p. 122 e SARMENTO, 2002, p. 108-111), que adotavam a concepção de nulidade da norma inconstitucional, passaram a atenuar os efeitos da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, conservando, em certas hipóteses, os efeitos produzidos pela norma inconstitucional antes de sua expulsão do ordenamento jurídico.

Por outro lado, a prática do Supremo Tribunal Federal de reconhecer a nulidade da norma inconstitucional não pode ser vista como regra absoluta ou como derivação de um princípio constitucional. Não há na CRFB/88 (nem houve, nas constituições passadas) nenhuma disposição a respeito do efeito temporal da declaração de inconstitucionalidade. O que há, reafirmamos, é a adoção de uma concepção de que o vício de inconstitucionalidade gera a nulidade (o grau máximo de anulabilidade), por influência da tradição norte-americana. E a nulidade, tomada como regra no controle concreto, acabou sendo adotada também para o controle abstrato. Esse ponto merece uma breve análise.

A equiparação, no Brasil, entre os efeitos temporais do controle concreto (da norma-controle sobre a eficácia técnica) e os efeitos temporais do controle abstrato (da norma-controle sobre a validade) poderia ser vista como um sinal de coerência e de obediência ao postulado da nulidade da lei inconstitucional. Entretanto, acreditamos que é necessária uma mirada crítica quanto a essa posição da doutrina e dos tribunais pátrios.

É preciso salientar que o controle concreto de constitucionalidade ocorre no curso de um processo em que “se discute sobre direitos, deveres, sobre *status* ou sobre responsabilidades que derivam de determinados fatos [em geral] *acontecidos no passado*” (CAPPELLETTI, 1999, p. 120). Dessa forma, a eficácia retroativa da norma-controle sobre a eficácia técnica (eficácia retroativa do controle concreto) é, utilizando a expressão de Kelsen (2004, p. 315), uma necessidade técnica: sem ela, pouco valeria à decisão judicial reconhecer a inconstitucionalidade da norma que se aplicava aos fatos (já ocorridos) mencionados no processo, pois o julgador ficaria obrigado a, mesmo assim, reconhecer sua obrigatoriedade, uma vez que estaria a julgar uma situação passada. Em síntese, como o controle concreto tem efeito imediato sobre a decisão a ser proferida no caso concreto (ibid., p. 315), o reconhecimento de sua retroatividade é necessária na medida em que esse caso concreto envolve situações já verificadas.

A afirmação de que a retroatividade é uma exigência técnica da norma-controle sobre a eficácia técnica não significa, contudo, que ela sempre irá ocorrer. Como foi visto, a Suprema Corte norte-americana afastou a retroatividade diante de casos em que novos princípios constitucionais foram afirmados, o que importava no reconhecimento de que os atos passados eram “ainda” constitucionais. Também o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer a retroatividade quando, no exame do caso concreto, deparou com a colisão do respeito ao comando constitucional violado (que justificaria, segundo aquela Corte, o reconhecimento da nulidade da norma) com outros princípios ou valores consagrados na constituição.

Agora, no que diz respeito à norma-controle sobre a validade da norma jurídica inconstitucional (controle abstrato), não se pode afirmar que a retroatividade é um de seus efeitos necessários. Mais que isso, como demonstramos anteriormente (tópico

2.4.3), não se pode negar que a norma inconstitucional, até a edição da norma-controle sobre validade, integrava o ordenamento jurídico, isto é, possuía validade. Exatamente por ser a norma inconstitucional válida é que será editada a norma-controle com a finalidade de expulsá-la do ordenamento jurídico.

Esse raciocínio nos leva a afirmar que o efeito retroativo no controle concreto (retirada da eficácia técnica da norma inconstitucional) não implica efeito retroativo no controle abstrato (invalidação da norma com efeito retroativo). Basta verificar o caso da Áustria. Lá, como foi dito, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional possui efeito prospectivo, havendo expressa previsão na Constituição da Áustria de que as situações anteriores deverão permanecer sendo regidas pela norma inconstitucional. Entretanto, quando o exame de constitucionalidade tenha sido provocado pela Corte Suprema ou pela Corte Administrativa que, ao julgarem um processo, deparam com uma situação de dúvida quanto à constitucionalidade da norma, a declaração de inconstitucionalidade terá efeito sobre aquele processo que se encontra pendente de julgamento. Pode-se dizer que, sobre o caso concreto que se encontra pendente de julgamento perante a Corte Suprema ou a Corte Administrativa, a decisão possui efeito retroativo, porém efeito prospectivo em relação àquelas outras situações análogas que não tenham sido levadas ao conhecimento do judiciário.

Se, por um lado, a eficácia retroativa da norma-controle sobre a eficácia técnica (controle concreto) é uma “exigência técnica” para que ela tenha algum resultado, estamos convencidos de que a eficácia temporal da norma-controle sobre a validade depende de como a ordem jurídica dispõe a respeito, isto é, de qual é o grau de anulabilidade que a ordem jurídica prevê para a norma inconstitucional: se a nulidade (anulação com efeito retroativo e prospectivo ou *ex tunc*) ou se a anulabilidade (efeito prospectivo ou *ex nunc*).

Vê-se que a retroatividade no controle concreto significa a retirada da eficácia técnica da norma inconstitucional sobre o caso concreto, enquanto que a retroatividade no controle abstrato diz respeito à própria invalidação da norma inconstitucional.



Antes de tentar identificar como a ordem jurídica brasileira qualifica o vício de inconstitucionalidade para efeito de produção da norma-controle sobre a validade (controle abstrato), buscaremos determinar as conseqüências dos efeitos temporais *ex tunc* (prospectivo somado ao retroativo) e *ex nunc* (apenas prospectivo) da declaração de inconstitucionalidade da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional (controle abstrato).

### **3.3.8 Conseqüências jurídicas da eficácia temporal *ex tunc* e *ex nunc* no controle abstrato**

Verificada a incompatibilidade da norma com a constituição, a edição da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional terá como resultado a sua expulsão do ordenamento jurídico. Mais que isso: ela trará a proibição de que a norma inconstitucional venha a ser aplicada (efeito vinculante) e a correspondente garantia àqueles que seriam seus destinatários de que não sofrerão os efeitos de sua incidência (efeito *erga omnes*).

Se a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional só possuir efeito prospectivo (*ex nunc*), isso significa que somente a partir da expulsão da norma inconstitucional do ordenamento jurídico é que estarão os órgãos encarregados de aplicar o direito positivo impedidos de aplicar a norma inconstitucional. Mais que isso: o efeito prospectivo significa que as situações ocorridas após a invalidação da norma inconstitucional não poderão ser por ela alcançadas. Ou seja, a partir da data da invalidação da norma, os fatos que vierem a ser verificados não poderão ser objeto de aplicação da norma inconstitucional.

A invalidação com efeito prospectivo não terá efeitos sobre fatos passados. Em outras palavras, a norma-controle sobre a validade com efeito prospectivo mantém o vigor da norma inconstitucional para os fatos que ocorreram no período de sua vigência (ver tópico 1.3.2.9).

No caso do direito positivo da Áustria, a constituição desse país contém expressa previsão de que as situações ocorridas antes da invalidação da norma

inconstitucional permaneçam por ela regidas, com exceção do caso concreto que tenha sido o motivo da provocação do exame de constitucionalidade. A regra do direito austríaco, portanto, é que a norma inconstitucional possui vigor sobre os fatos ocorridos até a data de sua invalidação.

Mas, sem considerar um ordenamento jurídico específico, é possível que a invalidação só com efeito prospectivo permita a não aplicação da norma inconstitucional sobre situações pretéritas. Explicamos melhor.

Como dissemos, uma das conseqüências da invalidação da norma é sua retirada do ordenamento jurídico, o que significa a perda de sua vigência. A norma inconstitucional que é invalidada com efeito prospectivo perde vigência, no entanto permanecerá com vigor sobre situações pretéritas. Mas, em um ordenamento jurídico em que estão previstos, simultaneamente, o controle concreto (a norma-controle sobre eficácia técnica) e o controle abstrato (norma-controle sobre a validade), é possível que, antes da invalidação da norma inconstitucional, ela tenha tido sua aplicação afastada para um caso concreto. Em outras palavras, é possível que, antes da edição de norma-controle sobre sua validade (controle abstrato) com efeito prospectivo, a norma inconstitucional já tenha sido objeto de norma-controle sobre sua eficácia técnica (controle concreto). Em síntese, a invalidação com efeito prospectivo mantém o vigor da norma inconstitucional sobre os fatos ocorridos enquanto ela pertencia ao ordenamento jurídico, mas isso não significa, obrigatoriamente, que ela não possa ter sua aplicação afastada sobre determinados casos concretos.

Já quando se trata de norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional que possui efeito prospectivo e retroativo (*ex tunc*), isso quer dizer que a norma inconstitucional não será apenas invalidada, perdendo vigência. A norma inconstitucional também perderá o vigor sobre o período em que esteve no ordenamento jurídico, e os órgãos responsáveis pela aplicação do direito positivo ficarão impedidos de aplicá-la tanto sobre os fatos ocorridos após a declaração de inconstitucionalidade, quanto sobre os anteriores à declaração.

É preciso dizer que a norma-controle sobre a validade dotada de efeito *ex tunc* não possui o condão de, automaticamente, como em um passe de mágica, voltar ao passado e apagar a existência da norma inconstitucional no ordenamento jurídico positivo, inclusive os efeitos por ela deflagrados. O que se admite, quanto ao efeito retroativo, é que a norma-controle sobre a validade se dirija aos órgãos encarregados de aplicação do direito positivo, impondo-lhes que os efeitos da norma inconstitucional que já tenham sido deflagrados devam ser objeto de revisão, ou impedindo que a norma inconstitucional seja aplicada sobre fatos ocorridos antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade (efeito vinculante retroativo). Nota-se que, nos dois casos, a “retroatividade” da norma-controle sobre a validade se manifesta como efeito prospectivo, pois ela irá prescrever como deverão ser as futuras aplicações da ordem jurídica, em relação tanto aos fatos posteriores quanto aos anteriores à declaração de inconstitucionalidade.

Neste capítulo, vimos que a prática do Supremo Tribunal Federal, com raras exceções, tem sido a de atribuir eficácia retroativa à norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional. Já acenamos que essa prática não se deve a um mandamento constitucional, mas a uma concepção a respeito do vício que acomete a norma inconstitucional. É considerando-se essa premissa que se examinará, no capítulo seguinte, a previsão contida no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e no artigo 11 da Lei nº 9.882/99 a respeito do efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional e, ao final, será tratado o problema quanto a sua aplicação, quando se tratar de inconstitucionalidade por violação a direitos fundamentais.

## **4 VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEGURANÇA JURÍDICA, INTERESSE SOCIAL E EFEITO TEMPORAL NO CONTROLE ABSTRATO**

### **4.1 A EFICÁCIA TEMPORAL NA LEI 9.868/99 E NA LEI 9.882/99**

#### **4.1.1 O caráter excepcional do artigo 27 da Lei 9.868/99 e do artigo 11 da Lei 9.882/99**

É possível afirmar que a Lei nº 9.868/99 e a Lei nº 9.882/99 se afinam com a tradição existente no direito brasileiro de se reconhecer que o vício de inconstitucionalidade, em regra, implica a nulidade. Nulidade, frise-se, entendida como o grau máximo de anulabilidade (KELSEN, 1995, p. 306-308): a nulidade significa que a anulação da norma possui efeito retroativo.

Dispondo sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o artigo 22 da Lei nº 9.868/99 prevê que a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma será proferida quando presentes, ao menos, oito ministros. De mesmo efeito prático é o conteúdo do artigo 8º da Lei nº 9.882/99 que prevê a presença de no mínimo dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O artigo 23 da Lei nº 9.868/99 prevê que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma exige a manifestação, “num ou noutro sentido”, de pelo menos seis ministros, no que diz respeito ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade. A Lei nº 9.882/99 não traz dispositivo a respeito do número mínimo de votos para o reconhecimento do descumprimento ou não de preceito fundamental. Porém, considerando a denominada “reserva de plenário”, decorrente da previsão contida

no artigo 97 da CRFB/88, se o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental resultar em declaração de inconstitucionalidade, serão também exigidos votos de pelo menos seis ministros do Supremo Tribunal Federal.

Feitas essas considerações preliminares sobre as exigências formais para a edição da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional, podemos verificar que há condições especiais para a limitação de seus efeitos temporais estabelecidos pelo o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e pelo artigo 11 da Lei nº 9.882/99.

Enquanto a declaração de inconstitucionalidade exige votos de seis membros, a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a previsão de que ela só tenha efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou a partir de um outro momento, exige votos de dois terços dos membros dos membros do Supremo Tribunal Federal (oito votos, considerando a composição de onze ministros). Além disso, é preciso que esses dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal reconheçam existirem “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” a justificar a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a previsão de que ela só tenha efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou a partir de um outro momento.

Por tudo isso, a regra geral, agora positivada nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, é que a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional possui efeito *ex tunc*, que só deixará de ocorrer se cumpridas as exigências formais (votação por quórum qualificado) e materiais (verificação de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social) constantes dos dispositivos legais em comento. É o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade nº 483:

A declaração de inconstitucionalidade decorrente da procedência de ação direta de inconstitucionalidade tem efeitos **ex tunc**, regra que somente admite exceção na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, hipótese não configurada no caso em questão. (STF, 2002, p. 40).

O caráter excepcional da não-adoção do efeito *ex tunc* também é reconhecido por, entre outros, Castro (2002, p. 95), Barroso (2004, p. 23) e Mendes (2004a, p. 363).

Segundo as palavras deste último, a nulidade “continua a ser a regra também no direito brasileiro”, só podendo ser afastada mediante “severo juízo de ponderação que (...) faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante”, além de uma votação mais rigorosa do que a exigida para a declaração de inconstitucionalidade (MENDES, 2004a, p. 363).

Insistimos nesse ponto pois há quem entenda que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 deva ser considerado como regra. De acordo com Jeveaux, a partir do advento da Lei nº 9.868/99, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos:

a) *ex nunc* como regra, a partir do trânsito em julgado; ou b) “... outro momento que venha a ser fixado” (art. 27), para o passado (caso de confirmação da medida liminar) ou para o futuro (a exemplo do modelo austríaco, que autoriza o diferimento da decisão até um ano de sua publicação). (JEVEAUX, 2003, p. 123).

Essa interpretação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 parte de dois fundamentos bem distintos. O primeiro seria o de que a norma inconstitucional possui “presunção de validade originária” ou “presunção de constitucionalidade”. De acordo com Jeveaux, a invalidação:

... não deve simplesmente apagar a norma ou seus efeitos já gerados, porque as relações e atos praticados de boa-fé sob sua égide observavam aquelas presunções e, por isso, devem ser respeitados, em nome dos princípios da segurança jurídica e da ‘proteção da confiança’ do cidadão no ordenamento. (ibid., p. 121).

Seguindo esse raciocínio, a Lei nº 9.868/99 teria – segundo Jeveaux – “recolocado as coisas em seus lugares” (ibid., p. 122).

O segundo fundamento para entender o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 como regra seria o de que ele se apresenta como uma espécie de “cópia” do item 4 do artigo 282 da Constituição de Portugal, que traz possibilidade de restrição ao efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade (previsto no *caput* de tal artigo), nos casos de segurança jurídica, por razões de equidade ou de interesse social de excepcional relevo. Seguindo esse raciocínio, afirma-se que a previsão contida no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 seria a regra, pois, segundo Jeveaux:

... a Lei 9.868/99 não copiou a regra supra [do efeito *ex tunc*, prevista no *caput* do artigo 282 da Constituição Portuguesa] em nenhum de seus dispositivos, mas apenas a exceção do item 4. Logo, se não temos a regra, mas a exceção portuguesa, segue-se que a exceção deles tornou-se a nossa regra... (ibid., p. 124).

Não compartilhamos a idéia de que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 faz com que a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional (controle abstrato) tenha, por regra, efeito *ex nunc*. Em primeiro lugar, como já foi demonstrado, nada impede a retroatividade da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional. Essa constatação, aliás, já havia sido feita até mesmo por Kelsen (1995, p. 306).

Por outro lado, a segurança jurídica, assim entendida como a preservação de atos praticados em razão da “confiança” nos atos legislativos, pode ser entendida como um limitador à retroatividade da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional. Não é à toa, portanto, que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, como faz o artigo 282.4 da Constituição Portuguesa, prevêem que a segurança jurídica pode ser invocada com a finalidade de justificar a limitação do efeito *ex tunc*. Porém, a segurança jurídica aparece nos dois ordenamentos jurídicos como justificativa para a não adoção daquela que se apresenta como a regra: a atribuição de efeito *ex tunc* à norma-controle sobre a validade.

Uma interpretação sistemática revela, ainda, que, para a declaração de inconstitucionalidade, basta o voto de seis ministros, enquanto que a não-adoção dos efeitos temporais previstos no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 (assim como se encontra previsto no artigo 11 da Lei nº 9.882/99) exige um quórum qualificado (dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal), além da verificação das condições materiais ali consignadas (segurança jurídica ou excepcional interesse social).

Pode-se ainda objetar a tese do efeito *ex nunc* como regra (ibid., p. 123) pois o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não estabelece ordem de preferência entre o efeito *ex nunc* ou a fixação de outra data (no passado ou no futuro) a partir da qual a norma-controle produziria efeitos. Apenas os prevê, reafirmamos, como exceção ao efeito

*ex tunc*, cabendo a definição de qualquer um deles ao Supremo Tribunal Federal para melhor atender à segurança jurídica ou ao excepcional interesse social.

Mesmo considerado como dispositivos que prevêm exceção ao efeito *ex tunc* à norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e o artigo 11 da Lei nº 9.882/99 vêm sofrendo algumas críticas de parte da doutrina, sendo objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

Algumas dessas críticas se referem à forma de introdução dessa norma no ordenamento jurídico. É sustentado que tal previsão deveria ser objeto de emenda constitucional (BARROSO, 2004, p. 23). O argumento quanto à necessidade de que a norma de limitação dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade fosse introduzida por emenda constitucional também consta das alegações apresentadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 e pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.154.

Parafraseando a decisão tomada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Linkletter vs. Walker* (TRIBE, 2000, p. 218), a CRFB/88 não proíbe nem exige o efeito retroativo para as declarações de inconstitucionalidade. Como já afirmamos, a adoção da concepção de nulidade da lei inconstitucional está muito mais para a adoção de uma tese que visa a prestigiar ao máximo a constituição do que para a existência de um princípio ou comando constitucional nesse sentido. Não vai aí nenhuma crítica (ou elogio) à tradição do Supremo Tribunal Federal de reconhecer a retroatividade de suas decisões em controle de constitucionalidade.

Considerando, pois, que a CRFB/88 “em momento algum cogita dos efeitos temporais emergentes da declaração de inconstitucionalidade” (CASTRO, 2002, p. 86), somos por tudo levados a crer que a determinação dos efeitos temporais da norma-controle sobre a validade é questão que se encontra dentro da competência geral atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle abstrato de constitucionalidade. Mais que isso: o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, tal como o artigo



11 da Lei nº 9.882/99, parece explicitar uma orientação que já parecia estar sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal há muito tempo, inclusive em casos de norma-controle sobre a eficácia técnica da norma inconstitucional (controle concreto).

Esses argumentos nos parecem suficientes para também contrapor as alegações quanto ao não respeito de um suposto princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional que, a rigor, não existe no ordenamento jurídico constitucional.

Por outro lado, considerando-se que a norma inconstitucional possui validade, também não se pode cogitar da alegação feita na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.258 de que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 violaria o princípio da legalidade. Essa alegação parte do pressuposto de que a norma inconstitucional é inexistente, o que levaria à crença de que a norma inserida no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 tornaria obrigatório o que não é norma jurídica. A falha desse raciocínio já foi demonstrada anteriormente (tópico 2.4.3).

Algumas outras críticas são feitas, porém elas serão examinadas mais adiante juntamente com a análise do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e do artigo 11 da Lei nº 9.882/99. Primeiro, tentaremos uma síntese de como são os efeitos temporais previstos na Lei 9.868/99 e na Lei 9.882/99 para a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional.

#### **4.1.2 Os possíveis efeitos temporais previstos na Lei 9.868/99 e na Lei 9.882/99**

A partir da análise precedente, é possível verificar que o efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional pode manifestar-se de quatro diferentes formas.

A primeira forma de manifestação, tomada como regra, é o efeito *ex tunc*. Como foi visto, não sendo feita qualquer ressalva, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declarar a inconstitucionalidade terá efeitos retroativos e prospectivos. A

norma-controle sobre a validade vai expulsar a norma do ordenamento jurídico e retirar o seu vigor em relação aos fatos ocorridos antes da declaração de inconstitucionalidade. Ao declarar a inconstitucionalidade da norma no julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade ou da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o Supremo Tribunal Federal não precisa manifestar-se expressamente sobre o efeito *ex tunc*, pois esse é considerado como regra.

A segunda possibilidade de efeito temporal é a de “restringir os efeitos daquela declaração [de inconstitucionalidade]”. Quanto a essa modalidade, a redação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e do artigo 11 da Lei nº 9.882/99 parece mais uma vez confirmar que a regra é a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. A restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade consistiria na previsão de que a norma-controle sobre a validade retroagiria, mas até uma certa data, e não até a data de início da vigência da norma inconstitucional. Essa restrição, portanto, implicaria a perda do vigor da norma inconstitucional sobre fatos “mais recentes” à declaração de inconstitucionalidade, conservando o vigor sobre fatos “mais antigos”. A retroatividade da norma-controle sobre a validade não seria total, mas até um certo momento, definido pelo Supremo Tribunal Federal.

Barroso (2004, p. 161) parece entender de forma diversa, ao afirmar que essa restrição dos efeitos poderia excluir do alcance da declaração de inconstitucionalidade, “por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável”.

A rigor, o entendimento de Barroso pode ser posto nos seguintes termos: se a declaração de inconstitucionalidade exclui de seu alcance pessoas, fatos ou condutas, tanto em relação ao passado, quanto em relação ao futuro, a “restrição” não é propriamente quanto aos efeitos, mas quanto ao próprio objeto da declaração de inconstitucionalidade. Nesse caso, a inconstitucionalidade da norma é parcial (ver tópico 2.4.2.4), e a declaração de inconstitucionalidade, por consequência, não alcança a norma, no que se refere à sua parte compatível com a CRFB/88. Mas nada impede que, com a declaração de inconstitucionalidade da norma, apenas parte dos efeitos por ela deflagrados (sobre certas condutas, certas pessoas ou

certos fatos) sejam passíveis de revisão, preservando-se os demais. Nesse caso, seria combinado o efeito *ex tunc* sobre certos fatos com o efeito *ex nunc* sobre os demais, ou mesmo a combinação do primeiro com um efeito retroativo limitado.

Uma outra interpretação a respeito da “restrição” aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é dada por Mendes (2004a, p. 365). A restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é equiparada por esse autor à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Parece-nos, entretanto, que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, prática adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão (ibid., p. 238), em termos gerais, assemelha-se, conforme o caso, à eficácia *ex nunc* ou pró-futuro (TAVARES, 2002, p. 223-225) a seguir tratadas.

O terceiro efeito temporal previsto seria o prospectivo, ou *ex nunc*. A redação contida no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e no artigo 11 da Lei nº 9.882/99 não é das mais precisas, pois ali se prevê que o Supremo Tribunal Federal pode “decidir que ela [a declaração de inconstitucionalidade] só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado”. Em qualquer caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal (tenha ela efeito retroativo ou não) só estará apta a produzir seus efeitos a partir de seu trânsito em julgado. Só a partir daí é que os órgãos aplicadores se verão obrigados a deixar de aplicar a norma inconstitucional. O que de fato significa esse trecho é que o Supremo Tribunal Federal pode decidir que a declaração de inconstitucionalidade só produza efeitos sobre os fatos ocorridos a partir de seu trânsito em julgado. Como já foi visto, a norma-controle sobre a validade dotada de efeito *ex nunc* terá como característica a manutenção do vigor da norma inconstitucional sobre os fatos anteriores ao trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal.

A última possibilidade é a previsão de um momento em que a norma inconstitucional deixará o ordenamento. Nesse caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal declara a norma inconstitucional, porém não a expulsa de imediato. A norma-controle sobre a validade é editada pelo Supremo Tribunal Federal, mas não produz seus efeitos de imediato, pois a vigência da norma inconstitucional é ainda mantida, isto é, a norma inconstitucional permanece no ordenamento até um certo momento.

Este último efeito se assemelha à previsão contida na Constituição Austríaca, que permite ao Tribunal Constitucional estabelecer que a invalidação da norma inconstitucional ocorrerá em um momento posterior, observado o limite de um ano da data da decisão proferida pela Corte. A finalidade de tal medida seria reservar ao legislador tempo para que editasse norma jurídica que, compatível com a constituição, substituísse a norma inconstitucional. Nesse caso, a norma inconstitucional mantém o seu vigor em relação aos fatos ocorridos até a data da sua retirada do ordenamento (KELSEN, 2004, p. 305).

Streck (2002, p. 545) tece duras críticas a essa possibilidade de fixação de data futura para a invalidação da norma. Entende que esse “efeito pró-futuro” da declaração de inconstitucionalidade concede um “espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal”, enfraquecendo a força da constituição “a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*”. Essa crítica será objeto de análise mais adiante.

As declarações de inconstitucionalidade com efeito restrito, com efeito *ex nunc* ou com efeito pró-futuro estão previstas na Lei nº 9.868/99 e na Lei nº 9.882/99 como exceções ao efeito *ex tunc*, cuja adoção necessita de expressa manifestação de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal, quando se verificarem razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Isso significa que não são alternativas de livre escolha do Supremo Tribunal Federal.

Razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social servem de fundamento não apenas para se afastar o efeito *ex tunc* da norma-controle sobre a validade, mas também para determinar, na hipótese em exame pelo Supremo Tribunal Federal, qual é a melhor medida para se atender a tais valores. Mais que isso: como a Lei nº 9.868/99 e a Lei nº 9.882/99 consagram o efeito *ex tunc* da norma-controle sobre a validade como regra, o Supremo Tribunal Federal deverá, tanto quanto possível, conferir o máximo de eficácia possível para a norma-controle, o que significa que afastado o efeito *ex tunc*, deve ser reconhecida uma preferência da declaração de inconstitucionalidade com efeito restringido em relação à declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc* e desta última em relação à declaração de inconstitucionalidade com efeito pró-futuro.

O Supremo Tribunal Federal deverá adotar um ou outro efeito considerando exatamente o atendimento à segurança jurídica ou ao excepcional interesse social. Para isso, levará em consideração até que ponto, em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, fica justificada a limitação do efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional. Essa decisão passará, por certo, por um exame de ponderação entre o respeito ao preceito constitucional violado pela norma (que, em princípio, justificaria o efeito *ex tunc*) e o atendimento à segurança jurídica ou a excepcional interesse social (que, conforme veremos, são valores constitucionais).

Uma vez considerado como regra o efeito *ex tunc* da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional, a adoção de qualquer outro efeito temporal implicará não apenas a exigência de quórum qualificado e a menção à segurança jurídica ou a qualquer excepcional interesse social. Haverá a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal fundamente tal decisão, sendo então apresentados os critérios que conduziram a Corte à ponderação dos valores. Eis por que não concordamos que a partir da Lei nº 9.868/99 e da Lei nº 9.882/99 o Supremo Tribunal Federal tenha passado a ter um “poder discricionário” quanto à definição do efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional.

Com a não-adoção do efeito *ex tunc* para a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional, não há, a rigor, desprezo pela supremacia constitucional. Pelo contrário, a segurança jurídica e o excepcional interesse social são valores que a CRFB/88 também consagra e, portanto, o atendimento a tais valores em detrimento do efeito *ex tunc* da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional deve ser considerado também como atendimento à CRFB/88. É o que se pretende melhor caracterizar a seguir.

## 4.2 APLICAÇÃO DO ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99 E DO ARTIGO 11 DA LEI 9.882/99

### 4.2.1 Segurança jurídica

Pode-se dizer que a segurança jurídica se apresenta como uma preocupação comum àqueles que analisam o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade. Bittencourt (1997, p. 147-148), em referência à jurisprudência americana, fazia menção à necessidade de se preservarem as relações jurídicas constituídas de boa-fé e a coisa julgada. Clève (1995, p. 168) também faz alusão ao problema da retroatividade da norma-controle sobre a validade, destacando que o longo prazo entre a vigência da norma inconstitucional e a declaração de sua inconstitucionalidade poderia resultar na “consolidação de um sem-número de situações jurídicas” e, mesmo afirmando que a nulidade da norma inconstitucional era um princípio constitucional (ibid., p. 165), reconhecia a necessidade de que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade mereceria temperamentos, “sob pena de dar lugar à injustiça e à violação do princípio da segurança jurídica”.

De tudo o que foi exposto até aqui, pode-se dizer que a segurança jurídica foi diversas vezes invocada como fundamento para decisões judiciais e posições doutrinárias que não reconhecem efeito *ex tunc* para a declaração de inconstitucionalidade. Neste momento, o que se pretende é buscar um conceito de segurança jurídica que, de acordo com a Lei 9.868/99 e a Lei 9.882/99, possa justificar a limitação do efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional no direito brasileiro.

Segundo Peces-Barba Martinez:

A segurança supõe a criação de um ambiente de certeza, de saber a que se ater, que pretende eliminar o medo e favorecer um clima de confiança nas relações sociais, entre os seres humanos que intervêm e tornam possíveis essas relações. (1999, p. 246).<sup>13</sup>

Segundo esse autor, a segurança jurídica se manifestaria em três dimensões (ibid., p. 248). A primeira delas se refere à relação entre direito e poder, servindo a segurança jurídica de fundamento para garantias quanto à participação daqueles que são os destinatários das normas no processo de produção normativa; à garantia

---

<sup>13</sup> Tradução nossa. Nos originais: “La seguridad supone la creacion de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza em las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posibles esas relaciones.”

de acesso ao judiciário, com a finalidade de proteção e de tutela dos direitos; à legalidade dos atos do Estado ou ao devido processo legal. A segurança jurídica nesse sentido teria como finalidade afastar o medo e se manifestaria como forma de defesa contra a violência (especialmente do Estado) (ibid., p. 253).

Uma outra dimensão toma a segurança jurídica em relação ao direito positivo em si mesmo. Nesse sentido, que denominaremos segurança jurídica em sentido estrito, a segurança existe “para se obter certeza, para saber a que se sujeitar, para evitar a arbitrariedade” (ibid., p. 253).<sup>14</sup>

Uma outra dimensão da segurança jurídica estaria vinculada à ideologia do Estado Social. Nesse sentido, a segurança jurídica se revelaria como fundamento para direitos econômicos, sociais e culturais que trouxessem um estado de tranqüilidade e esperança àqueles que necessitam de uma proteção especial do Estado (ibid., p. 257).

Em síntese, de acordo com Peces-Barba Martínez (ibid., p. 247) “a segurança é tranqüilidade, ausência de temor e certeza diante do abuso de poder, no próprio sistema jurídico, e diante da falta de esperança que produz a insatisfação de necessidades básicas”.<sup>15</sup>

Sem desprezar as demais dimensões da segurança jurídica aludidas por Peces-Barba Martínez, o que parece estar em jogo, quando se trata do efeito retroativo da norma-controle sobre a validade, é a segurança jurídica em sentido estrito, a que diz respeito à segurança “na criação e derrogação das normas, em sua aplicação e interpretação e em sua preservação e garantia” (ibid., p. 253).<sup>16</sup> Em síntese, a segurança jurídica em sentido estrito diz respeito ao atendimento aos anseios de previsibilidade dos efeitos jurídicos sobre os fatos futuros e de sua estabilidade no que diz respeito aos fatos passados (CARVALHO, 2000, p. 147).

---

<sup>14</sup> Tradução nossa. Nos originais: “... para obtener certeza, para saber a qué atenerse, para evitar la arbitrariedad.”

<sup>15</sup> Tradução nossa. Nos originais: “... la seguridad es tranquilidad, ausencia de temor y certeza frente al abuso del poder, em el propio sistema jurídico, y frente a la desesperanza que produce la insatisfacción de necesidades básicas”.

<sup>16</sup> Tradução nossa. Nos originais: “... en la creación y derogación de las normas, en su aplicación e interpretación y en su preservación y garantía.”

Sob esse prisma, podemos dizer que o valor segurança jurídica se manifesta em diversas normas previstas na CRFB/88, como a proteção à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido; como a proibição de retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu; como a previsão de que a lei que altera o processo eleitoral só produz efeitos após um ano de sua publicação; ou como os princípios da irretroatividade e anterioridade tributária.

Na medida em que a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional é dotada de efeito retroativo, não há dúvida de que a preservação de relações jurídicas constituídas ou a manutenção de efeitos jurídicos desencadeados pela norma inconstitucional sofrerá abalos. Como vimos, a retroatividade da norma-controle sobre a validade significa, exatamente, a previsão de que os efeitos da norma inconstitucional que já tenham sido deflagrados devam ser objeto de revisão, ou o impedimento de aplicação da norma inconstitucional sobre fatos ocorridos antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade (efeito vinculante retroativo).

Parece-nos, à primeira vista, que, não tendo sido a norma inconstitucional objeto de aplicação, não há impedimento para a retroatividade da norma-controle sobre a validade. Consideramos que, sem o ato de aplicação, a rigor, não há incidência (CARVALHO, 2004, p. 223) e, portanto, não haveria como se falar em relações jurídicas constituídas e, conseqüentemente, em razões de segurança jurídica a justificar a limitação ao efeito *ex tunc*.

O problema maior da segurança jurídica no que diz respeito à retroatividade parece estar mesmo nos casos em que são praticados certos atos com base na norma inconstitucional. Mantendo a coerência com o que foi afirmado, vimos que a norma inconstitucional até a sua expulsão do ordenamento jurídico possuía validade e produzia efeitos. Isso significa que relações jurídicas podem ter sido constituídas com base nela. Assim, uma decisão judicial preclusa ou já transitada em julgado, um contrato, um ato administrativo, ou qualquer outra norma individual e concreta pode ser resultado da aplicação da norma que posteriormente é declarada inconstitucional.



Sendo assim, conforme o grau de estabilidade e de consolidação das relações jurídicas constituídas com base na norma inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal pode ver-se obrigado a preservá-las, em nome da segurança jurídica. Para isso, fará uma ponderação entre o respeito às relações jurídicas constituídas e a máxima eficácia da declaração de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99 e da Lei nº 9.882/99, já forneceu exemplos. Entre esses, merece destaque a proteção à coisa julgada.

O respeito à coisa julgada, formada antes da declaração de inconstitucionalidade, já era considerada, no Brasil, como limite à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade (tópico 3.3.7.4). Como foi visto, ainda que fosse reconhecido o efeito *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade, a coisa julgada sempre foi observada, não se considerando automaticamente nula a decisão judicial que houvesse sido fundada na norma posteriormente declarada inconstitucional.

Acreditamos que essa situação, com o advento da Lei nº 9.868/99 e da Lei nº 9.882/99, não se alterou. À primeira vista, mesmo quando a declaração de inconstitucionalidade se opera com efeito *ex tunc*, a coisa julgada deverá ser respeitada. Seguindo esse raciocínio, a não aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 ou do artigo 11 da Lei nº 9.882/99 não significa que decisão judicial transitada em julgado antes da declaração que se tenha fundado na norma inconstitucional deva ser desconsiderada, tida como ineficaz ou nula. Cremos que o melhor entendimento é aquele que já vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, de que o ataque à coisa julgada, nesses casos, deverá ser feito por meio de ação rescisória.

O respeito à coisa julgada anterior se apresenta como um limite natural à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, em nome da segurança jurídica. Ainda que hoje seja intenso o debate a respeito da denominada “coisa julgada inconstitucional” e de sua relativização (BARROSO, 2004, p. 171), acreditamos que, em regra, a preservação da coisa julgada formada antes da declaração de inconstitucionalidade seja medida que se impõe. Esse respeito, reafirmamos, prescinde de temperamentos ao efeito *ex tunc* da norma-controle sobre a validade.

Mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro não contenha regra específica quanto à preservação da coisa julgada anterior à declaração de inconstitucionalidade, como há na Constituição de Portugal, acreditamos que sua observância é garantia inerente à proteção à coisa julgada, em razão de reconhecermos que, até a edição da norma-controle sobre a validade, a norma inconstitucional possuía validade (pertencia ao ordenamento jurídico).

A “coisa julgada inconstitucional” que pode ser objeto de relativização, inclusive com a possibilidade de ser invocada como matéria de embargos à execução, é aquela formada após a edição da norma-controle sobre a validade da norma jurídica, isto é, aquela que resulta da aplicação de norma já retirada do ordenamento jurídico por meio da norma-controle sobre a validade.

Ordenando as idéias, cremos que, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade, com a adoção do efeito *ex tunc*, não fica afastada a necessidade de se respeitar a decisão judicial anterior que tenha aplicado a norma inconstitucional. Nessa hipótese, a declaração de inconstitucionalidade não torna nula de imediato a decisão judicial transitada em julgado, mas poderá servir de fundamento para ação rescisória.

Mudando o enfoque do problema a respeito da coisa julgada, acreditamos que o que pode haver é que a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sirva como forma de manutenção da coisa julgada, tornando-a, inclusive, imune a impugnações por ação rescisória ou assegurando até mesmo que a norma inconstitucional permaneça aplicável sobre os processos pendentes na data da edição da norma-controle sobre a validade da norma jurídica. Nesse caso, uma declaração com efeito restringido, *ex nunc* ou mesmo pró-futuro, seria tomada sob o fundamento de necessária preservação dos efeitos das decisões judiciais já proferidas, ou como forma de não se criar tratamento desigual entre aqueles que já tiveram suas pretensões definitivamente julgadas e aqueles que ainda esperam uma decisão final.

Uma outra situação a respeito da proteção à segurança jurídica diz respeito à manutenção das relações entre administração e administrado que tenham imposto a este último algum tipo de ônus (BARROSO, 2004, p. 21). Imagine-se uma norma inconstitucional que serve de fundamento para a edição de contratos administrativos. O particular, de boa-fé, desenvolve atividade dispendiosa no intuito de contratar com a administração ou de cumprir um contrato já firmado. Nesse caso, Mello (1999, p. 343) vê o dever de a Administração indenizar o particular, seja para assegurar o direito do particular que atuou de boa-fé a obter uma reparação pelos dispêndios, seja para evitar o enriquecimento sem causa para a Administração. Diante dessa hipótese, vemos como alternativa a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar norma-controle sobre a validade, preservando os atos jurídicos já praticados com base na norma inconstitucional.

O caso da preservação dos efeitos da norma inconstitucional que importou na concessão de vantagens pecuniárias a servidores públicos também pode ser visto como uma espécie de proteção à segurança jurídica. Nessa hipótese, os valores recebidos terão repercussão em uma série de atos praticados pelo servidor, sendo destinados a variadas finalidades. O servidor que passa a ter um acréscimo em seus vencimentos vai adequar sua vida àquela nova realidade. Quanto mais tempo se prolongue o recebimento dessas vantagens, mais problemática se torna a adoção do efeito *ex tunc* para a norma-controle, pois a nova condição econômica do servidor passa a ser cada vez mais consolidada no tempo.

Com isso não estamos afirmando que, sempre que se tratar de concessão de vantagens pecuniárias por meio de norma inconstitucional, deva ser adotada uma das soluções contidas no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 ou no artigo 11 da Lei nº 9.882/99. Apenas estamos chamando a atenção para possíveis inconvenientes da retroatividade da norma-controle sobre a validade, sendo que, nesse caso, pode entrar em cena a necessidade de se examinarem situações concretas para a determinação da retroatividade ou não da norma-controle.

A proteção à segurança jurídica também se presta a justificar a não retroatividade da norma-controle quando se está diante de um caso de inconstitucionalidade superveniente. Como vimos, por inconstitucionalidade superveniente entendemos a

inconstitucionalidade que resulta de nova interpretação dada a dispositivo constitucional ou de alteração de circunstâncias fáticas que tornam a norma inconstitucional. Nesses casos, não houve ato normativo revogando a norma antes tida por constitucional. Será um exame posterior – provocado por mudanças na compreensão do texto constitucional ou nas situações sobre as quais a norma se aplica – que irá reconhecer o estado de incompatibilidade surgido em um segundo momento.

Isso significa que, até certo momento, uma norma é constitucional, podendo, em razão de alteração de circunstâncias fáticas, ou de nova interpretação constitucional, deixar de sê-lo. Se a norma era constitucional até certo momento, é preciso entendê-la como plenamente eficaz para os fatos que até então tenham ocorrido. Eis por que a expulsão do ordenamento jurídico da norma que se torna inconstitucional deverá ocorrer de tal forma que se conserve o seu vigor sobre os fatos ocorridos no período em que ainda era considerada constitucional.

Uma outra hipótese de proteção à segurança jurídica seria aquela em que a invalidação da norma inconstitucional traria como resultado um “vácuo”, isto é, deixaria não devidamente regulada uma situação qualquer. O problema relativo à segurança jurídica seria em razão de ausência de norma jurídica que regulasse tanto situações passadas como situações futuras. Nesse caso, é possível que os efeitos da invalidação possam apresentar-se como violação à constituição maior até mesmo que a preservação da norma inconstitucional. Situações como essa é que justificariam a adoção de um efeito pró-futuro para a norma-controle sobre a validade, permitindo que o legislador supra a necessidade de que determinada matéria seja regulada.

Muitas outras situações em que a retroatividade da norma-controle sobre a validade de uma norma inconstitucional entra em colisão com a segurança jurídica podem ser imaginadas. O que importa é afirmar que, se a segurança jurídica é um valor que se expressa em diversas normas constitucionais que visam a assegurar estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas, a definição sobre se o comando constitucional violado merece o máximo de reparação (o que seria alcançado com o efeito *ex tunc* da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional) ou sobre se situações

passadas deverão permanecer regidas pela norma inconstitucional é questão que se sujeita a um juízo de ponderação.

#### **4.2.2 Excepcional interesse social**

A outra condição que pode servir de justificativa para a limitação do efeito temporal (efeito retroativo restringido, efeito *ex nunc* ou efeito pró-futuro) da norma-controle sobre a validade, prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 ou no artigo 11 da Lei nº 9.882/99, é o “excepcional interesse social”. Esse ponto tem sido objeto de boa parte das críticas e dos temores em torno da possibilidade de não adoção do efeito *ex tunc* para a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional.

Streck (2002, p. 545) alerta para a vagueza e a ambigüidade da expressão “excepcional interesse social”, concluindo que a adoção de tal fundamento possibilitaria um arbítrio por parte do Supremo Tribunal Federal no que tange à atribuição dos efeitos da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional. Como exemplo da pouca precisão do que venha a ser “excepcional interesse social”, a doutrina faz alusão à possibilidade de se passar a considerar o interesse arrecadatório como “excepcional interesse social” (ver, entre outros, FREIRE JÚNIOR, 2000, p. 23), a justificar, por exemplo, a impossibilidade de restituição de valores que foram arrecadados com base em normas tributárias inconstitucionais.

Uma outra crítica é que a avaliação de excepcional interesse social e a possibilidade de ele vir a determinar o grau de anulabilidade da norma se traduziria mais como um papel próprio do legislativo e não do judiciário (CATTONI, 2002, p. 173). Essa crítica tem por pano de fundo a velha e problemática distinção entre função política e função jurisdicional, afirmando-se que a função jurisdicional não comportaria avaliações quanto ao maior ou menor atendimento a valores ou, fazendo referência específica, a um “excepcional interesse social”.

Não se nega a diferença entre política e direito. Pelo contrário, parece-nos que está exatamente na identificação do papel exercido pelos tribunais a chave para buscar um conceito do que venha a ser o “excepcional interesse social” a ser avaliado pelo

Supremo Tribunal Federal, para que a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional não seja dotada de efeito *ex tunc*.

A respeito da função desempenhada pelo juiz, segundo Campilongo (2002, p. 61) “ainda que a legislação seja vaga, contraditória, passível de várias interpretações ou omissa, o juiz está sempre a decidir os casos que se lhe apresentam com fundamento no ordenamento jurídico”. Dessa afirmação, que parece não surpreender nem mesmo a um leigo, várias constatações podem ser feitas.

A primeira é que a vagueza, a ambigüidade da expressão “excepcional interesse social” – e, acrescentamos, o impacto emotivo por ela despertado – não podem servir para afastar a aplicação do comando inserido no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e artigo 11 da Lei nº 9.882/99. Como já foi visto (tópico 2.3.4.1), vagueza, ambigüidade e carga emotiva são características dos textos jurídicos, o que, entretanto, não afasta a necessidade de sua observância.

A segunda, é que os tribunais estão sempre obrigados a decidir, quando provocados. E que as decisões devem ser tomadas sempre com base na ordem jurídica. “O juiz encontra a consistência de suas decisões no ordenamento jurídico” (ibid., p. 104). Disso resulta que a determinação do “excepcional interesse social”, a justificar um efeito restringido, *ex nunc* ou pró-futuro para a norma-controle sobre a validade, só pode ser feita nos limites do ordenamento jurídico. Ou seja, o “excepcional interesse social” deve ser um “excepcional interesse social protegido pela ordem jurídica”, ou, mais precisamente, um “excepcional interesse social protegido pela CRFB/88”.

A previsão do “excepcional interesse social” a justificar a adoção de efeitos temporais limitados para a norma-controle sobre a validade, não confere ao Supremo Tribunal Federal capacidade de mensurar preferências sociais e agregar interesses. A menção ao “excepcional interesse social” pode ser entendida como a insuficiência da segurança jurídica como fundamento constitucional para a limitação do efeito *ex tunc*. Isto é, o Supremo Tribunal Federal pode estabelecer que a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional tenha efeito retroativo restringido, *ex nunc* ou pró-futuro por fundamento na segurança jurídica ou – segundo

Mendes – em “outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante” (2004a, p. 363).

O interesse social excepcional deve ser um daqueles protegidos pela CRFB/88, estando o Supremo Tribunal Federal obrigado a fundamentar a decisão que o invoque para fins de não adoção do efeito *ex tunc*. Na medida em que a CRFB/88 consagra valores a serem observados na criação das normas, confere ao judiciário a habilitação para verificar se eles foram atendidos ou não. Isso significa que o atendimento aos valores que se encontram revelados nas normas constitucionais também podem ser objeto do controle de constitucionalidade. Esse fato, que é por vezes rotulado como “politização do judiciário”, não significa abandono da ordem jurídica como fundamento das decisões judiciais, pois é a própria ordem jurídica (no caso específico, a ordem jurídica constitucional) que se mostra “cognitivamente aberta” a dados políticos (CAMPILONGO, 2002, p. 61).

Ainda a respeito do “excepcional interesse social”, não se vê aí uma ordem de prevalência de bens coletivos sobre direitos individuais. Isto é, não se pode afirmar que a invalidação de uma norma inconstitucional possa ter efeito temporal limitado pelo argumento simplista de se beneficiar um bem coletivo em detrimento de um direito individual. Alexy (2002, p. 106) demonstra que não é possível considerar uma ordem de prevalência absoluta entre princípios que se referem a bens coletivos e aqueles que se referem a direitos individuais, sob pena de se pôr em risco a própria proteção aos direitos fundamentais.

Insistimos que o “excepcional interesse social” a ser considerado pelo Supremo Tribunal Federal é qualquer valor que esteja consagrado na CRFB/88, inclusive aquele que se manifeste em normas que prescrevam direitos individuais. Portanto o respeito a direitos fundamentais (individuais, inclusive) pode se apresentar como um excepcional interesse social.

É nessa linha de raciocínio que consideramos que a sempre aventada hipótese de cobrança de tributos com fundamento em norma inconstitucional não se apresenta, em princípio, como situação a justificar uma não-retroatividade da declaração de

inconstitucionalidade em controle abstrato (ou a não-retroatividade da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional).

Não se vê na CRFB/88 nenhum valor que possa justificar a instituição de tributos com a única finalidade de gerar receitas para o Estado. Meras conveniências arrecadatórias não se apresentam como princípio constitucional e não podem, por conseqüência, ser reputadas como justificativa para a não retroatividade da norma-controle sobre a validade. Citamos Carrazza:

As garantias constitucionais, limitam a competência para tributar. O propósito de abastecer de dinheiro os cofres públicos não pode chegar, num Estado-de-Direito como o nosso, ao ponto de lesar direitos subjetivos dos cidadãos-contribuintes.

Afinal, predominância do interesse público não é sinônimo de lesão de direitos.

Em suma, apenas o interesse fazendário não tem a propriedade de justificar qualquer iniciativa, quer no plano normativo, quer no fático, que esteja fora dos lindes do Direito. É que inexistente valor maior que o representado pelo respeito, em quaisquer circunstâncias (ainda que em detrimento da arrecadação tributária), às exigências impostergáveis da ordem constitucional. (CARRAZZA, 1997, p. 4-5).

O que pode ser considerado, em uma hipótese de arrecadação de tributos com base em norma inconstitucional, é a possibilidade de que a restituição dos valores arrecadados coloque em risco a continuidade dos serviços públicos ou o cumprimento de algum dever constitucional, tal como cogitado na ação direta de inconstitucionalidade nº 513 (1992, p. 19514). De qualquer forma, esses fatores não afastam a necessidade de o Supremo Tribunal Federal lançar mão do princípio da proporcionalidade.

Em resumo, da mesma forma que se reconhece na segurança jurídica um valor que se revela em diversas normas constitucionais, por excepcional interesse social deve se considerar sempre algum valor protegido pela CRFB/88, de tal modo que a não atribuição de efeitos *ex tunc* à norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional deve passar, também, por um juízo de ponderação.



### 4.3 EFICÁCIA TEMPORAL LIMITADA E A VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em momento anterior, afirmamos que os direitos fundamentais se alojam dentro do amplo conceito de direitos subjetivos (tópico 2.3.2). Com base em Alexy (2002, p. 186), tomando por referência os três modais deônticos – obrigatório (*O*), proibido (*V*) e permitido (*P*) –, classificamos os direitos fundamentais em três modalidades: direitos a uma prestação positiva, direitos a uma prestação negativa e, ainda, direitos de liberdade, os quais permitem ao titular realizar ou não realizar uma conduta.

De forma geral, a violação a direito fundamental ocorreria ao não se atender à norma constitucional que o prevê. Há violação a direito fundamental se não realizada a prestação positiva, quando se trata de direito fundamental à prestação positiva; se realizada a conduta proibida, quando se trata de direito fundamental a uma prestação negativa e se é imposto obstáculo ou impedimento à realização da conduta permitida, quando se trata de direito de liberdade.

Esse não-atendimento à norma de direito fundamental pode manifestar-se em diversos graus e de diversas formas. O que nos interessa, aqui, é a violação a direito fundamental que se apresenta como inconstitucionalidade, em especial, como inconstitucionalidade por ação. É que as normas de direito fundamental, na medida em que vinculam a criação de normas abstratas e gerais, são normas de competência.

Quando a norma de direito fundamental, tomada como norma de competência, não é observada por ocasião do processo de produção de normas – seja quanto à atividade de enunciação, seja quanto ao enunciado normativo produzido – a violação à norma fundamental pode ser objeto do controle de constitucionalidade.

Observados os limites do controle abstrato de constitucionalidade (tópico 3.2.2), a violação a direito fundamental pode ser por ele reparada. E, como foi visto, a regra é que essa reparação tenha como resultado a invalidação da norma contrária ao direito fundamental com efeito retroativo (tópico 4.1). A indagação principal posta

neste estudo – a qual finalmente merecerá exame – é se pode a invalidação da norma que viole alguma norma de direito fundamental ter algum dos efeitos temporais previstos no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e no artigo 11 da Lei nº 9.882/99.

A nossa resposta é afirmativa.

Em princípio, a ordem jurídica brasileira estabelece que a inconstitucionalidade verificada em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental, leva à retirada da validade da norma inconstitucional e eliminação de seu vigor sobre fatos pretéritos. Mas é possível que, da leitura de todo o texto constitucional e da articulação das significações de seus enunciados, verifique-se a necessidade de manutenção do vigor da norma inconstitucional sobre fatos ocorridos no período de sua vigência, ou mesmo que a invalidação só ocorra a partir de uma data futura.

É certo que o efeito retroativo na norma-controle sobre a validade, por um lado, tem por fim assegurar a supremacia da norma constitucional violada naquele período em que foi vigente a norma inconstitucional, permitindo que os efeitos desta última sejam revistos. Por outro lado, o efeito retroativo pode se apresentar como medida que desatende algum valor consagrado pela CRFB/88 (que se expressa como segurança jurídica ou excepcional interesse social). E esse valor protegido pela CRFB/88, que não é atendido pelo efeito retroativo da norma-controle sobre a validade, pode, em determinados casos, servir de fundamento para a adoção do efeito retroativo restringido, do efeito *ex nunc* ou do efeito pró-futuro.

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que uma norma constitucional serve de fundamento para a invalidação da norma com ela incompatível, uma outra norma constitucional servirá de fundamento para manutenção de seu vigor. Não se vê aí qualquer contradição. O que se percebe é que a interpretação da CRFB/88 deve ser sensível aos efeitos do tempo sobre as relações jurídicas constituídas ou sobre as expectativas formadas. Se no controle de constitucionalidade, a reparação plena (com efeito retroativo) colidir com algum outro valor que esteja protegido pela CRFB/88, deverá se fazer uso do princípio da proporcionalidade para determinar o efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional.

A não-retroatividade da norma-controle sobre a validade, portanto, não diminui a supremacia constitucional. A limitação do efeito temporal da norma-controle sobre a validade, apesar de prevista de forma expressa em leis ordinárias, está condicionada pela própria constituição. A mesma constituição que determina a invalidação da norma com ela incompatível limitará os efeitos temporais da norma-controle. A não adoção do efeito retroativo (preservação do vigor da norma inconstitucional ou mesmo sua invalidação futura) não ocorreria para “legitimar” um ato inconstitucional, mas para evitar o desrespeito a uma determinada norma constitucional.

O raciocínio não se altera quando estiverem em jogo os direitos fundamentais. Não há dúvidas que, em matéria de direitos fundamentais, o esperado seria a atribuição de efeito retroativo para a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional. Mas, a proteção aos direitos fundamentais não se sobrepõe, de forma absoluta, a outros interesses e valores previstos na CRFB/88, revelados sob a forma de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Ainda que os direitos fundamentais mereçam um destaque especial na CRFB/88 – como, por exemplo, a caracterização da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, a proteção dos direitos individuais em relação a emendas constitucionais e a previsão de sua aplicabilidade imediata –, não acreditamos que se possa falar em uma posição de prevalência absoluta dos direitos fundamentais – mais precisamente, dos valores por eles protegidos – em relação aos outros princípios/valores protegidos por normas constitucionais. O que existe, utilizando uma expressão de Alexy (2002, p. 106), é um “amplo grupo de condições de precedência”, de maneira que se pode afirmar que as significações dos enunciados de direitos fundamentais precedem a significações de outros enunciados da CRFB/88 em uma vasta gama de hipóteses, mas não em todos os casos.

Mesmo sendo verdade que é esperada a plena realização dos direitos fundamentais, é preciso observar com cuidado seu conteúdo. Ao tratarmos da colisão das significações dos enunciados de direitos fundamentais, vimos que a identificação das normas de direito fundamental deve passar por uma análise de todo o texto constitucional. Isso significa que a significação de um enunciado de direito

fundamental deve ser articulada com as significações dos demais enunciados constitucionais.

Exemplo disso ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o recurso em mandado de segurança nº 21.046, examinou questão relativa à previsão constitucional que veda a adoção de critério de admissão por motivo de idade, que é decorrência do direito de igualdade (artigos 5º e 7º, inciso XXX da CRFB/88). Naquela hipótese, o Supremo Tribunal Federal, apesar de no caso concreto afastar o limite de idade para inscrição em concurso público, decidiu que a diferenciação em razão de idade pode ser aceita “como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher” (STF, 1991, p. 16356).

No julgamento do mandado de segurança nº 23.452, que versava a respeito de ato de Comissão Parlamentar de Inquérito que determinou a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, o Supremo Tribunal Federal destacou a necessidade de compreensão contextualizada e o caráter não absoluto dos direitos fundamentais:

“Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (STF, 2000, p. 20)

O que se extrai do catálogo dos direitos fundamentais do texto constitucional são significações, o que consideramos critérios de valoração de condutas, ou simplesmente valores. As normas de direito fundamental, entretanto, são o resultado da articulação dessas significações com outras significações de enunciados normativos constitucionais. O conteúdo de um direito fundamental não é construído da leitura isolada de um dispositivo, mas de todo o texto constitucional. Sendo assim, a avaliação quanto ao atendimento ou não a um direito fundamental deve ser feita em observância a todo o texto constitucional.

Definido o conteúdo da norma de direito fundamental, a norma jurídica com ela incompatível deverá ser invalidada por meio da norma-controle sobre a validade, observados os limites do controle abstrato de constitucionalidade (tópico 3.2.2). Outra questão, entretanto, é se deverá haver a retirada do vigor da norma inconstitucional sobre os fatos ocorridos no período de sua vigência ou mesmo se a invalidação será imediata.

Quando a invalidação da norma inconstitucional com efeito retroativo “sacrificar outros bens jurídicos de escalão constitucional” (SARMENTO, 2002, p. 137) o Supremo Tribunal Federal deverá proceder a uma ponderação de interesses. Esse raciocínio também é válido em matéria de direitos fundamentais. O confronto da norma jurídica com a CRFB/88 pode atestar uma incompatibilidade entre aquela e uma norma de direito fundamental. Mas a norma de direito fundamental, construída a partir da articulação das significações dos enunciados constitucionais, ao mesmo tempo em que serve de fundamento para a invalidação daquela outra, poderá ter seu conteúdo delimitado por disposições da própria CRFB/88, o que irá fundamentar a limitação do efeito temporal da norma-controle sobre a validade.

A limitação do efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional que violou norma de direito fundamental pode decorrer, inclusive, em razão da necessidade de proteção a um outro direito fundamental. A segurança jurídica e o excepcional interesse social, mencionados pela Lei nº 9.868/99 e pela Lei nº 9.882/99 como fundamento para adoção de um efeito temporal limitado para a norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional, podem apresentar-se como valores de direitos fundamentais. De acordo com Peces-Barba Martínez (1999, p. 246), a idéia de liberdade se apresenta como núcleo da fundamentação dos direitos fundamentais, e “a segurança jurídica complementa e reforça a liberdade”.<sup>17</sup> Assim, “razões de segurança jurídica” podem apresentar-se como “razões de direitos fundamentais”, da mesma forma que o “excepcional interesse social” pode apresentar-se como um interesse protegido por norma de direito fundamental.

---

<sup>17</sup> Tradução nossa. Nos originais: “La seguridad jurídica complementa y refuerza a la libertad.”

Apesar de não termos registro de que o Supremo Tribunal Federal, em caso de violação à direito fundamental, tenha editado norma-controle sobre a validade (controle abstrato) com efeito temporal limitado, não vislumbramos qualquer óbice para isso. De qualquer forma, é preciso lembrar que a limitação do efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional é medida excepcional. Sendo assim, a adoção de um dos graus de limitação do efeito temporal (efeito retroativo restringido, efeitos *ex nunc* ou efeito pró-futuro) deverá ocorrer na medida em que se fizer mais necessário o respeito a outro valor constitucional em relação ao valor assegurado pela norma de direito fundamental.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, vimos que a supremacia constitucional se expressa na condição da constituição como norma de maior hierarquia em um ordenamento jurídico. Isso significa que as demais normas desse ordenamento devem ser com ela compatíveis, seja no que diz respeito à forma de sua produção, seja no que diz respeito ao seu conteúdo.

Quando as normas constitucionais prescrevem a forma de criação e o conteúdo de outras normas, assumem a função de normas de competência. O não atendimento às normas de competência previstas na constituição gera a inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade não significa que o produto da atividade de enunciação normativa não seja norma jurídica. A norma inconstitucional, aquela que foi produzida sem obedecer às formalidades previstas na constituição e/ou aquela cujo conteúdo não é compatível com as normas constitucionais, ingressa no ordenamento jurídico (possui validade). O que ocorre é que a norma jurídica inconstitucional poderá deixar o ordenamento jurídico por meio de um processo especial de invalidação, que, inclusive, poderá ter efeito retroativo.

O mecanismo especial de invalidação da norma inconstitucional, mecanismo esse que também se apresenta como uma norma jurídica, poderá ter ou não efeito retroativo. Trata-se de questão a ser definida por cada ordenamento jurídico e que, no Brasil, não mereceu tratamento constitucional.

A tradição brasileira sempre foi a de se atribuir efeito retroativo à norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional editada pelo Supremo Tribunal Federal nos chamados processos de controle de constitucionalidade em abstrato. Isso pode ser considerado, por um lado, como medida que confere o máximo de respeito à constituição, por outro, como decorrência da influência do direito constitucional norte-americano.

O efeito retroativo, entretanto, visto em um primeiro momento como forma de se conferir o máximo de respeito à constituição, na medida em que permite a revisão dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional, pode, ele próprio, importar em não atendimento a comandos constitucionais. A retroatividade a fim de se reparar a lesão a um comando constitucional pode, por outro lado, gerar lesão a um outro comando dessa mesma constituição.

A limitação do efeito temporal da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional, longe de se apresentar como desrespeito à supremacia constitucional, é medida necessária para que se possa atender, da melhor forma possível, a própria constituição, pois a invalidação da norma inconstitucional com efeito retroativo pode apresentar-se como providência menos adequada, em termos constitucionais, do que a manutenção dos efeitos da norma inconstitucional. Essa restrição deverá ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, quando serão ponderados o máximo atendimento à norma constitucional contrariada e algum outro valor protegido pela constituição.

Mesmo em se tratando de inconstitucionalidade por violação a normas de direito fundamental, a limitação do efeito temporal da norma-controle será possível, devendo também ser pautada pelo princípio da proporcionalidade. A CRFB/88, ao lado da proteção a direitos fundamentais, prevê uma série de outros valores que merecem proteção e respeito. Ademais, é possível que a retroatividade da norma-controle sobre a validade da norma inconstitucional seja medida que sacrifique, exatamente, direitos fundamentais.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. 12 ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia de direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle de constitucionalidade das leis**. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Unb, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em mandado de segurança nº 17.976. Engenharia e Construções Otto Meinberg S/A e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Amaral Santos. DJ, 24 set. 1969. p. 142. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Recurso extraordinário nº 86.056. Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e Concepta Josefina Charlant e outros. Relator: Rodrigues Alckmin. DJ, 1 set. 1977. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Representação nº 971. Procurador-Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Djaci Falcão. DJ, 1 nov. 1978. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Representação nº 1.016. Procurador-Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado e Governador do Estado de São Paulo. Relator: Moreira Alves. DJ, 26 out. 1979. p. 8043. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Recurso extraordinário nº 93.356. Pantaleão Blanc Rinaldi e Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Leitão de Abreu. DJ, 4 mai. 1981. p. 3854. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Recurso extraordinário nº 78.533. Fundação e Modelação Ivaí Ltda. e Estado de São Paulo. Relator: Décio Miranda. DJ, 26 fev. 1982. p. 1290. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Reclamação nº 148. Banco Crefisul de Investimento S. A. e Juiz Presidente da 7ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre e Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Relator: Moreira Alves. DJ, 17 jun. 1983. p. 8957. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Recurso extraordinário nº 103.619. Alberto Craveiro de Almeida e Comlurb – Cia. Municipal de Limpeza Urbana. Relator: Oscar Corrêa. DJ, 15 mar. 1985. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Recurso extraordinário nº 105.789. Simonides Loddi e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Carlos Madeira. DJ, 9 mai. 1986. p. 7629. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Recurso em mandado de segurança nº 21.046. Eliane do Azevedo do Vale Ferreira e Superior Tribunal Militar. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ, 14 nov. 1991. p. 16356. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Ação direta de inconstitucionalidade nº 513. Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República e Congresso Nacional e Diretor da Receita Federal. Relator: Célio Borja. DJ, 30 out. 1992. p. 19514. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Ação direta de inconstitucionalidade nº 652. Questão de ordem. Procurador-Geral da República e Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Celso de Mello. DJ, 2 abr. 1993. p. 5615. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Recurso extraordinário nº 122.202. Estado de Minas Gerais e Emerson Tardieu de Aguiar Pereira e outros. Relator: Francisco Rezek. DJ, 08 abr. 1994. p. 7243. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Mandado de segurança nº 23.452. Luiz Carlos Barretti Júnior e Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Celso de Mello. DJ, 12 mai. 2000. p. 20. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade nº 483. Assembléia Legislativa do Estado do Paraná e Governador do Estado do Paraná.

Relator: Ilmar Galvão. DJ, 5 out. 2001. p. 57. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 mai. 2005.

\_\_\_\_\_. Agravo em agravo de instrumento nº 314.481. Ângela Maria Mariano e Adriana Ramos de Almeida. Relator: Sidney Sanches. DJ, 1 mar. 2002. p. 40. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 mai. 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1956, vol. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Memorial**. Mandado de segurança nº 100960016887. Unidos distribuidora de bebidas Ltda. e Secretário de Estado da Fazenda do Espírito Santo. Vitória, 1997.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Formalização da linguagem – proposições e fórmulas. **Direito – revista do programa de pós-graduação em direito – PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CUSHMAN, Robert F. **Leading constitutional decisions**. 16 ed. New Jersey: Practice-Hall, 1982.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Astrea, 1980.

ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo, n. 56, p. 19-24, mai. 2000.

GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. A constituição e sua supremacia. In: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Estúdios de teoria constitucional**. Tradução de Andréa Greppi. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria da constituição**. Vitória. Apostila, 2003.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa**. Petrópolis: Vozes, 1997.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber**. Tradução de Heloísa Monteiro e Francisco Settineri. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001.

LINS, Robson Maia. **Controle de constitucionalidade da norma tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOSANO, Mario G. La teoría pura del Derecho: del logicismo al irracionalismo. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho**. Alicante, v. 2, 1985.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDONCA, Daniel. **Interpretación y aplicación del derecho**. Almería: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1997.



MENDONÇA, Cristiane. **Competência tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. 2.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967, t. 1.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NASCIMENTO FILHO, Firly. **Ação direta de declaração de inconstitucionalidade: atuação da mesa da assembléia legislativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

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

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. **Normas de competência tributária administrativa: no percurso de instituição e cobrança do crédito tributário**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

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

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial. 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tratado da argüição de preceito fundamental:** (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99). São Paulo: Saraiva, 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional.** Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law.** 3 ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

VERNENGO, Roberto José. **Curso de teoría general del derecho.** 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1995.

VIEIRA, Oscar de Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos.** São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003.

\_\_\_\_\_. **Causalidade e relação no direito.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza.** Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000.

\_\_\_\_\_. **Investigações filosóficas.** Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.