

GLAUCIO VASCONCELOS RIBEIRO JUNIOR

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS
NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
E A SEGURANÇA JURÍDICA: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS
RELATIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

OSASCO – SP

2009

GLAUCIO VASCONCELOS RIBEIRO JUNIOR

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS
NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
E A SEGURANÇA JURÍDICA: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS
RELATIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO - Centro Universitário FIEO – OSASCO - SP, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a linha de pesquisa número 02, “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, e projeto número 03, “Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação da Professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz.

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

OSASCO – SP

2009

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS
NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
E A SEGURANÇA JURÍDICA: ASPECTOS TRIBUTÁRIOS
RELATIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Data: 17 / 12 / 2009

Banca Examinadora

DOUTORA ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

DOUTORA ADRIANA ZAWADA MELLO

DOUTOR ROGER STIEFELMANN LEAL

Agradecimentos:

Por óbvio, a Deus, sem cujas permissões nada haveria.

A todos que de alguma forma contribuíram para a confecção do presente trabalho, e nisso se incluem os que proferiram ensinamentos a que tive acesso (Professores, colegas e doutrinadores), bem como os membros do Supremo Tribunal Federal, que ao decidirem forneceram o material para pesquisa.

Em especial, à professora orientadora deste trabalho, Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz, pela sabedoria transmitida e pelo apoio incondicional ofertado desde o primeiro contato com o projeto.

A todos que também trouxeram auxílio em termos de paciência e espírito de resignação, ante as intermináveis ausências que a tarefa de escrever exige.

“O Direito serve à vida dos Homens.

É criado por ela e de certa forma a cria.”

Pontes de Miranda

RESUMO

Essa dissertação trata do tema da modulação de efeitos decisórios em sede de controle de constitucionalidade no Brasil, consoante previsto no artigo 27, da Lei 9.898/99, que autoriza o Supremo Tribunal Federal a delimitar o alcance de suas pronúncias de inconstitucionalidade com fundamentação na segurança jurídica.

Analisa-se, no plano teórico, no que consistem as razões de segurança jurídica que servem de fundamento para a modulação de efeitos. A par disso, são expostos os contornos atuais que configuram o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, considerada a função política exercida pela Corte Maior.

Com base em julgamentos recentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, são feitas considerações acerca dos limites de sua atuação, assim no plano institucional como sob a ótica do respeito à Constituição (conformação material e formal da modulação).

Embutem-se nessas análises temas intimamente ligados ao Estado de Direito, dentre os quais o do ativismo judicial (separação de Poderes) e o do respeito estatal aos direitos fundamentais, inclusive quanto a aspectos tributários, com sua respectiva concretização no plano jurisdicional.

Palavras-chave

Modulação de efeitos decisórios; controle de constitucionalidade; segurança jurídica; súmula vinculante; direitos e deveres fundamentais; sistema tributário; Estado de Direito.

MODULATION OF EFFECTS ON JUDICIAL REVIEW
AND LEGAL SECURITY: TAX ASPECTS
RELATING TO FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This dissertation deals with the issue of modulation of effects on decisions regarding judicial review in Brazil, as laid down in article 27 of the law 9.898/99, which authorizes the Federal Supreme Court to define the scope of its pronouncements of unconstitutionality based on legal security reasons.

It analyses, theoretically, the grounds for the use of legal security as the basis for the modulation of effects. In addition, it sets out the current contours that shape up the Brazilian legal system of constitutionality control, in the light of the political role exercised by the Supreme Court.

Thus, based on recent judgments handed down by the Federal Supreme Court, considerations are made about the limits of its performance, at the institutional level and from the perspective of the respect for the Constitution (modulation configuration, both material and formal).

Finally, this analysis encompasses issues closely linked to the rule of law, among which the judicial activism (separation of powers) and the State respect towards fundamental rights, including tax considerations, with its associated implementation in the legal system.

Keywords

Modulation of effects on decisions; judicial review; legal security; binding precedent; fundamental rights and duties; tax system; rule of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA ANÁLISE DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DECISÓRIOS	13
1.1. ESTADO DE DIREITO	13
1.1.1. <i>Conceito e elementos do Estado de Direito</i>	13
1.1.2. <i>Separação de poderes e a função política do Supremo Tribunal Federal</i>	19
1.1.3. <i>Direitos e deveres fundamentais</i>	23
1.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	26
1.2.1. <i>Introdução</i>	27
1.2.2. <i>Modelos de controle</i>	30
1.2.3. <i>Histórico da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil</i>	34
1.2.4. <i>Breves notas sobre a construção clássica da inconstitucionalidade</i>	40
1.2.5. <i>Aspectos do atual controle de constitucionalidade no Brasil</i>	41
1.2.5.1. Aspectos gerais	41
1.2.5.2. Novos aspectos	42
1.3. SEGURANÇA JURÍDICA	47
1.3.1. <i>Localização contextual da segurança jurídica</i>	47
1.3.2. <i>Noção de segurança jurídica</i>	52
1.3.3. <i>Conteúdo e acepções do termo “segurança jurídica”</i>	54
1.3.3.1. Segurança jurídica subjetiva e objetiva	57
1.3.3.2. Segurança jurídica como certeza e verdade.....	58
1.3.3.3. Segurança jurídica e justiça.....	61
1.3.3.4. Segurança jurídica como princípio constitucional.....	64
1.3.3.5. Segurança jurídica como direito fundamental.....	66
1.3.4. <i>Segurança do direito, segurança no direito e segurança pelo direito</i>	68
1.3.5. <i>Segurança e insegurança jurídica no “direito primitivo”</i>	70
1.3.6. <i>Panorama geral das manifestações da segurança no direito</i>	76
1.3.7. <i>Limites da segurança jurídica</i>	79

2. MODULAÇÃO DE EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA.....	82
2.1. INTRODUÇÃO.....	82
2.2. NATUREZA DA ATIVIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS.....	86
2.3. A POLÊMICA ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99.....	93
2.3.1. <i>Argumentos contrários ao ativismo</i>	98
2.3.2. <i>Argumentos pró-ativismo</i>	102
2.4. SEGURANÇA JURÍDICA COMO RAZÃO DE MODULAÇÃO EM JULGADOS.....	106
2.4.1. <i>Os julgamentos de leis estaduais criadoras de Municípios</i>	110
2.4.2. <i>O julgamento de que derivou a Súmula Vinculante n.º 08</i>	111
2.4.2.1. Conteúdo da súmula e detalhes do julgamento.....	111
2.4.2.2. Conteúdo da modulação de efeitos face ao contexto tributário.....	112
2.4.2.3. Inconstitucionalidade material desta modulação de efeitos.....	117
CONCLUSÃO.....	123
BIBLIOGRAFIA.....	126

INTRODUÇÃO

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil apresenta elevadíssimo grau de complexidade, e sua conformação atual é resultado da combinação de características de três modelos básicos, a par de elementos que lhe são peculiares.

Todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro podem exercer controle de constitucionalidade, por ocasião da análise de casos concretos que lhe são submetidos à apreciação.

Ao Supremo Tribunal Federal em especial, a par disso, também incumbe a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade pela via concentrada, em que se analisam *in abstracto* os textos normativos acerca de sua conformação frente à Constituição Federal.

Por força de novas alterações envidadas no ordenamento, quanto ao tema do controle, alguns mecanismos foram criados com o intuito de tornar mais efetivo o exercício dessa importante função da Corte Maior. Dentre eles destacam-se os instrumentos da edição de súmula vinculante e da modulação de efeitos decisórios na pronúncia de inconstitucionalidade.

A respeito desse último mecanismo é que versa o presente trabalho. Por intermédio da modulação de efeitos, permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal ampla manipulação da decisão de inconstitucionalidade, desde que fundada em razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social.

Nota-se que a utilização desse mecanismo modulatório tem sido bastante freqüente, ultimamente, e a atuação do tribunal ao se valer dessa possibilidade conferida pelo sistema ganha colorido diverso se comparado àquele que resulta do exercício típico da função jurisdicional, tão diverso que se faz merecedor de investigação mais aprofundada.

Por vezes, pairam dúvidas fundadas acerca desse agir da Corte Suprema, capazes até de apontar para uma eventual ingerência do Poder Judiciário na tarefa legislativa, o que configuraria afronta ao Estado Democrático de Direito, por desrespeito à separação de poderes. Por detrás disso, ainda caberia até mesmo aludir a eventual menoscabo à supremacia constitucional.

Noutros casos também não remanesce absolutamente nítido o objeto das fundamentações de julgados, frente aos termos em que autorizada a modulação pelo ordenamento.

Todos esses apontamentos configuram problemas bastante delicados da atual conformação do sistema jurídico nacional, aptos a repercutirem de modo importante na vida dos jurisdicionados, que por vezes podem ter atingidos seus direitos fundamentais, e na inter-relação institucional dos Poderes de Estado.

Com fulcro nesse panorama, busca-se examinar com mais vagar os aspectos teórico-jurídicos que permeiam esse estágio atual do sistema, com o fim de precisar a correção ou não da atuação do STF face à permissão conferida.

Assim, no capítulo 1 desta dissertação, são expostos os pressupostos teóricos para o tratamento da temática central, relativa à modulação – fundamentada em segurança jurídica – de efeitos da decisão de inconstitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal.

Inicia-se com o tema Estado de Direito, que contextualiza no plano macro todos os assuntos envolvidos nesta dissertação. Ao depois, são delineados os contornos teóricos a respeito de dois assuntos básicos e imprescindíveis ao desenvolvimento da análise central do trabalho, isto é, controle de constitucionalidade e segurança jurídica. Expõem-se todos os pormenores úteis a respeito destes sub-temas, na medida de sua conveniência ao capítulo final.

No capítulo 2 se aborda o tema da modulação com enfoque específico, ocasião em que são analisados alguns julgados recentes proferidos pelo Supremo, inclusive em sede tributária, sob a ótica de todo esse plano teórico inicialmente posto. Considerações críticas absolutamente pessoais também são aduzidas por ocasião dessas análises.

Trata-se, como se pode notar, de temática bastante atual e tormentosa, merecedora de reflexões. Espera-se, com isso, o alcance de uma situação de melhor entendimento acerca da atual configuração do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, bem assim acerca da árdua e penosa tarefa do “Juiz Maior”, guardião da Constituição por missão primeira, mas que por vezes parece não caminhar nos exatos trilhos construídos pelo Direito, rumo à plena realização do Estado de Direito.

Por fim, cabe alertar que, no intuito de privilegiar a clareza e facilitar a leitura e o exame das citações de trabalhos realizadas nesta dissertação, foram feitas as referências integrais da respectiva fonte, bem como as necessárias traduções ao vernáculo dos excertos estrangeiros.

Quanto às novas regras ortográficas nacionais, optou-se por não utilizá-las, tendo em vista não haver obrigatoriedade, momentaneamente, de conformação dos textos acadêmicos aos novos padrões.¹

As ementas de acórdãos colacionadas foram extraídas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), e deixaram de ser mencionadas individualmente para evitar repetições desnecessárias.

Acerca das abreviaturas, deixa-se de apresentar o respectivo glossário porque foram utilizadas poucas vezes e de modo a não gerar dúvidas quanto ao correspondente significado.

¹ Confira-se para mais detalhes o conteúdo dos quatro decretos executivos, publicados no Diário Oficial da União do dia 30 de setembro de 2008:

Decreto Nº 6.583 — Promulga o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de dezembro de 1990. Esse decreto estipulou o período de transição entre as ortografias, tendo como anexos o próprio acordo e sua nota explicativa.

Decreto Nº 6.584 — Promulga o Protocolo Modificativo do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Praia, em 17 de julho de 1998. O protocolo, também publicado em anexo ao decreto, eliminou os prazos estipulados pela versão original, uma vez que eles tinham mostrado-se impraticáveis.

Decreto Nº 6.585 — Dispõe sobre a execução do Segundo Protocolo Modificativo ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em São Tomé, em 25 de julho de 2004. Esse segundo protocolo estipulou que bastariam três países ratificarem o acordo para que ele entre em vigor; a versão original exigia que todos os países da CPLP o ratificassem. Além disso, o segundo protocolo modificativo admitiu o Timor Leste como potencial signatário.

Decreto Nº 6.586 — Dispõe sobre a implementação do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa. Determinou que certas instituições tomem as medidas necessárias para a elaboração do vocabulário ortográfico comum da língua portuguesa; e que os livros escolares da rede pública de ensino sigam o acordo a partir de 2010

1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA ANÁLISE DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DECISÓRIOS

Este capítulo tem por objetivo estabelecer as bases teóricas para o desenvolvimento do capítulo subsequente.

O tema da modulação, fundada na segurança jurídica, de efeitos decisórios da pronúncia de inconstitucionalidade se localiza nos contextos mais amplos do Estado de Direito e do controle de constitucionalidade. Para examiná-lo faz-se necessário tecer considerações preambulares sobre esses assuntos.²

Inicia-se, assim, por considerações acerca do Estado de Direito, assunto maior em que todos os demais se encontram inseridos. Segue exposta, em linhas gerais, uma breve noção do Estado de Direito, com indicação de seus elementos conformadores. De igual forma, cuida-se da separação dos poderes, para o fim de enfrentar a função política do Supremo Tribunal Federal, que se exerce por ocasião do controle de constitucionalidade, e ao fim seguem expostas algumas considerações sobre direitos e deveres fundamentais.

Outro tópico versa especificamente sobre o controle de constitucionalidade. Não há como tratar de modulação de efeitos sem que se conheça no que consiste o controle, quais os modelos teóricos básicos existentes e como se deu a evolução do tema no direito pátrio. É que a modulação é uma novel particularidade desse assunto, como será visto.

Por fim, quanto à segurança jurídica, pretende-se delimitar conceitualmente o termo, e para tanto são descritas suas acepções e indicados seus conteúdos semânticos possíveis, dada a multiplicidade de significações existentes designadas pelo mesmo nome. Apontam-se também as referências normativas e ementas de julgados do Supremo Tribunal Federal em que é ventilada a segurança jurídica.

1.1. Estado de Direito

1.1.1. Conceito e elementos do Estado de Direito

Como primeiro passo, convém delinear a noção do que seja Estado. Para tanto, é preciso considerar que o ser humano, conquanto seja livre por natureza, só consegue viver

² Tais assuntos, apesar de complexos e de conteúdo vasto, serão abordados de modo superficial, apenas para fins de informar o suficiente à localização do tema central.

em grupo a partir do momento em que as liberdades dos indivíduos são coordenadas umas em função de outras, em interação recíproca. É a organização humana que se desincumbe dessa tarefa coordenadora, por meio do Direito.

Tal organização humana, em um momento subsequente, em que já se faz presente a característica da permanência e da unidade do grupo, configura o que se denomina de sociedade.

O Estado, de igual modo, também é um método de organização humana e se vale do Direito para atingir o escopo de promover o bem social. Pontes de Miranda observa, nesse sentido:

A sociedade é o círculo social permanente. A permanencia resulta da sua relativa suficiencia, dos processos necessarios á vida em commum dos homens. Quem diz sociedade, diz dominação, algo que impõe unidade a grupos parciaes heterogêneos ou homogêneos. O Estado é um dos methodos da vida e da evolução social. Como tal, elle possúe, dentro da sociedade, os seus processos especificos de expansão e de integração social. (...) ³ [sic]

Hans Kelsen, dentre outras conceituações, assim se expressa sobre o conceito de Estado:

O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito. Diz-se, às vezes, que o Estado é uma organização política pelo fato de ter, ou de ser, “poder”. O Estado é descrito como o poder que se encontra por trás do Direito, que impõe o Direito.⁴

E continua Pontes de Miranda, em outra passagem, para afirmar que “*O Estado não é um criador arbitrario do direito; é apenas um meio, perfectivel, não exclusivo, de revelação das normas juridicas*”.⁵ [sic]

Em outra obra, este autor acentua a diferença entre sociedade e Estado:

Uma vez que o Estado não é sociedade, nem, sequer, corresponde, em tôdas as dimensões, ao círculo social que personifica, cumpre não confundir Estado e sociedade, ou, até Estado e círculo social, conceito mais largo. Em Estado já se atende ao elemento organizativo específico, a certa contactuação regrada entre as entidades de tal natureza, e – se o definirmos em sua forma moderna – à sua temporariedade (pois que antes

³ MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932, p. 14.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 190.

⁵ MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932, p. 36.

não o havia), de produto sociológico inconfundível com o povo, com a nação e com a sociedade ou círculo social.⁶

Admite-se em doutrina, comumente, ser o Estado constituído ao menos por três elementos, quais sejam, território, povo e governo.

José Afonso da Silva entende cabível acrescer a estes três elementos a finalidade; deste modo, e com apoio em Giorgio Balladore Pallieri, sua concepção de Estado foi descrita como: “(...) *uma entidade de fins precisos e determinados: regular globalmente em todos os seus aspectos, a vida social de dada comunidade, visando a realização do bem comum.*”⁷

Oreste Ranelletti também inclui o elemento finalidade ao conceituar Estado:

Lo Stato è « un popolo stanziato su un territorio e organizzato sotto un potere supremo *originário* d'impero, per attuare con azione unitária i propri fini collettivi » Questi fini nello Stato moderno e in particolare nel nostro Stato sono: « difesa di fronte all'estero; ordine e tranquillità, nel diritto, all'interno: conservazione ed elevazione progressiva del popolo, secondo un alto principio di giustizia e di solidarietà sociale ». »⁸

O Estado de Direito, por sua vez, é aquele em que o poder do Estado é limitado e é exercido de modo separado (tripartido, no mais das vezes, nas funções executiva, legislativa e judiciária).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe algo sobre a origem do termo:

A expressão Estado de Direito foi cunhada na Alemanha: é o *Rechtsstaat*. Aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechtsstaat*. Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. (...) ⁹

⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, RT, 1967, Tomo I, p. 160-161.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40.

⁸ RANELLETTI, Oreste. *Istituzioni di diritto pubblico, il nuovo diritto pubblico della repubblica italiana*. 13.^a edizione aggiornata. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1948, Parte generale, p. 64-65. Tradução livre do Autor: “Estado é uma população fixada em um território e organizada sob um poder de império originário, que atua com ação unitária e fins coletivos próprios. Estes fins no Estado moderno e em particular em nosso Estado são: defesa de fronteiras, ordem e tranquilidade, no direito e internamente: proteção e desenvolvimento progressivo da população, segundo o sobreprincípio de justiça e de solidariedade social.”

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

Nota-se que não basta a mera presença de direito para que se qualifique tal ou qual Estado como Estado de Direito, haja vista que o direito está presente em qualquer Estado¹⁰. O que o qualifica como Estado de Direito é o fato de o próprio Estado se submeter à lei.

José Joaquim Gomes Canotilho se refere a essa submissão estatal ao ordenamento com o termo “*domesticação do domínio político*”¹¹, quando trata historicamente da concretização do Estado de Direito. Em outra passagem, acentua que:

O princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a Constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encapsulada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os *órgãos do estado só têm competência para fazer aquilo que a Constituição lhes permite*.¹²

Noutro giro, agora sob a ótica jurídica, tem-se que o Estado se organiza por constituição e vive sob o primado da legalidade tal como os demais sujeitos de direito.

Eduardo C. Bianca Bittar explica algo a respeito:

A partir do constitucionalismo moderno, tornou-se possível incorporar, crescentemente, a cultura da Constituição como documento de caráter fundamental para a estruturação da vida política e jurídica dos Estados-nação. Por isso, a Constituição é normalmente conceituada por sua significação para a composição de toda a relação de poder e de toda a determinação do próprio sistema jurídico. Herança clara das conquistas recentes do Direito moderno, as Constituições se tornaram elementos de caracterização da própria vida e existência do Estado. (...) ¹³

Acerca da fonte do poder estatal, ao qual o próprio Estado se submete, no Estado de Direito, Pontes de Miranda assim se manifestou:

Com quem está e de quem nasce o poder de construir e reconstruir o Estado? Está com Deus e nasce de Deus, respondiam as teocracias. Com o povo, e do povo, respondem as democracias. Com o povo trabalhador, corrigem os Soviets. Com o próprio Estado, sustenta o fascismo. Na segunda concepção – democrática quanto à origem do poder estatal – ao povo é possível construir o Estado como democracia, ou como plutocracia, ou como oligarquia.¹⁴

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932, p. 100: “O Direito não caracteriza o Estado, mas o Estado bem se caracteriza pela attitude, que assume, de se fazer caracterizado pelo Direito. Onde ainda não ha Estado já ha Direito”.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 89.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 243.

¹³ BITTAR, Eduardo C. Bianca. Constituição e direitos fundamentais, *in Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO*. Osasco: Edifio, 2006, ano 06, n° 02, p.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932, p. 75.

Nessa segunda concepção referida (democracia), veja-se que o poder estatal está com o povo e também nasce do povo. Todos se envolvem na escolha da forma e do processo de gestão da coisa pública, de modo que prevalece a vontade da maioria.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*democracia é o governo pelo povo. Trata-se de um sistema de governo em que o povo governa-se, tomando em consequência as decisões políticas fundamentais*”.¹⁵

Em outra passagem, referindo-se ao Estado brasileiro atual, o mesmo autor salienta que:

O Estado contemporâneo é, ao mesmo tempo, um Estado de direito e um Estado democrático. É o que a nossa Constituição traduz pela expressão Estado Democrático de Direito, como está no artigo 1.º, caput, isto é, combina em seus fundamentos o Estado de direito e a democracia. Na verdade, seria melhor dizer que integra na sua base tanto o Estado de direito como a democracia, porque aquele e esta aparecem incidíveis no sistema que estabelece.¹⁶

Visto isto, insta assentar que o ente Estado, por certo, desde sempre só existiu em função do povo, pois sua organização se opera exatamente para que haja uma atuação em prol do componente humano. O Estado, seja ele qual for, não é e nunca foi um fim em si mesmo.

Nas palavras de Pontes de Miranda:

No Estado a cuja formação preside o princípio individualístico, o substancial são a liberdade individual, a personalidade dos indivíduos, os direitos dos indivíduos. Os grupos sociais, inclusive o Estado, nunca se libertam do pluralismo atomístico da sua composição. O Estado é Estado de direito, mas de direito dos indivíduos, porque os indivíduos constituem a única realidade: mediante a inter-acção dos indivíduos é que se concebe, como conjunto, o grupo. Onde quer que se proteja um interesse, em última análise o que se protege é o indivíduo, e só o indivíduo.¹⁷

Ao tratar da caracterização do princípio democrático, José Joaquim Gomes Canotilho lembra a “*conhecida formulação de Lincoln quanto à ‘essência’ da democracia:*

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito, *in Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 282.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito, *in Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 281.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932, p. 260.

‘governo do povo, pelo povo e para o povo’¹⁸. Em seguida, estabelece o autor a ligação entre o princípio democrático e os direitos fundamentais. Nas suas palavras:

Tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática* dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos (arts. 48º e 109º) para o seu exercício (princípio direto da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) co-envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2º). (...) Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjetivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).¹⁹

Com o fim de regular o exercício da missão estatal de promover o bem comum, já há algum tempo nota-se que são impostas limitações ao agir e omitir do Estado (período pós-revoluções do século XVIII), do que resulta assegurado um núcleo de direitos, ainda que mínimo, de proteção ao povo. Tal núcleo é o que se denomina de direitos fundamentais, como se pode notar na referência anterior.

Não basta, porém, assegurar este núcleo de direitos, tão-só. Impõe-se haja mecanismos que visem a impedir a respectiva violação, no que se inclui a absoluta submissão do Estado à supremacia do Direito e o tema do controle da constitucionalidade.

A propósito, confira-se o seguinte excerto de Leandro Paulsen:

Com o constitucionalismo e a incorporação da idéia de que a Constituição vincula a todos, inclusive aos próprios poderes do Estado, viabilizando-se o controle de constitucionalidade da própria lei, não apenas se deu consistência à noção de Estado de Direito como se passou ao desenvolvimento da idéia de Estado de Constituição – *Verfassungsstaat* –. O princípio da legalidade deu lugar ao princípio maior da constitucionalidade, dependendo da preservação deste o respeito ao Estado de Direito.²⁰

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 281.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 284-285.

²⁰ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 37.

De posse desse panorama básico, insta concluir que não se há falar em Estado de Direito sem quaisquer dos seguintes elementos: constitucionalidade, legalidade, repartição e limitação do exercício de poder, e direitos fundamentais.

1.1.2. Separação de poderes e a função política do Supremo Tribunal Federal

Como visto anteriormente, um dos elementos do Estado de Direito reside na limitação do poder estatal, dada sua submissão às leis. Essa limitação, diga-se, está envolta por um sistema complexo de repartição das funções estatais (em nosso caso, tripartido), em que funciona todo um mecanismo de controle entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Novamente, trata-se de assunto rico em detalhes, mas que segue abordado de forma superficial e dirigida, apenas para o fim de localizar o tema central da modulação de efeitos decisórios.²¹

Acerca das três funções estatais, Pontes de Miranda observa:

Três funções chegaram a ponto assaz considerável de diferenciação: a *edicação do direito* (expressão mais larga do que “legislação”, “atividade legislativa”, “poder legislativo”, e nisso convém prestar-se tôda a atenção); a *jurisdição* (mais do que “poder judiciário”, porque as leis admitem solução de controvérsias fora do corpo judiciário); e a *administração*, no sentido estrito.²²

Entenda-se por função a atividade que o Estado desenvolve, constantemente, segundo o regramento que o conforma. A separação das atividades ou funções do Estado, entre órgãos diversos, é a forma que se engendrou para coibir, ou ao menos conter, o arbítrio dos detentores do poder. Como apontou Anna Candida da Cunha Ferraz:

O essencial da doutrina da `separação de poderes' está em que, se quiser constituir um Estado respeitoso das liberdades, é mister dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos capaz de conter os poderes e fazê-los andar `de concerto'.²³

²¹ Sobre as funções de Estado, analisadas com base em inúmeros pensadores (Aristóteles, Locke, Montesquieu, Kelsen, Loewenstein, Burdeau etc.) confira-se o estudo de Leonardo André Paixão: **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2007.

²² MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, RT, 1967, Tomo I, p. 266.

²³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: RT, 1994, p. 13.

Nos termos originais da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal permaneceu com sua missão institucional de exercer função jurisdicional em sentido estrito, como Corte máxima do Poder Judiciário brasileiro.

Com base, porém, em modificações efetivadas posteriormente no texto da Constituição, bem como por obra do Legislador ordinário, ganhou o Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal, a missão de exercer importante papel político na Federação, o que implica inegável modificação de seu perfil institucional de outrora.²⁴

Leonardo Paixão assim define a função política do Estado:

Função política do Estado é a atividade que órgãos instituídos pela Constituição exercem no âmbito de sua competência, tendo por objetivo preservar a sociedade política e promover o bem comum, e que consiste em determinar, mediante a livre interpretação de normas constitucionais, o que é o interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação. A função política é desempenhada por diversos órgãos e poderes, inclusive pelos tribunais constitucionais.²⁵

Sobre as características da função, o mesmo autor apresenta a seguinte síntese:

A função política traduz a formulação de escolhas em temas fundamentais, com o objetivo de preservar o Estado e promover o bem comum; os órgãos encarregados de desempenhá-la são constitucionalmente previstos; extraem sua competência diretamente da Constituição; produzem suas decisões segundo procedimentos constitucionalmente indicados; e, ao deliberar, o fazem respeitando os limites materiais estabelecidos na Carta, embora com grande liberdade para interpretá-la e definir o que seja, em cada conjuntura, o interesse público. Além disso, os órgãos encarregados do exercício da função política não se sujeitam a prazos, pois ainda quando estes são estabelecidos não se comina sanção para o seu descumprimento.²⁶

O exercício de tal função pelo Supremo Tribunal Federal se concretiza, por vezes, no momento em que exerce o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, produzidos pelos Poderes Legislativo e Executivo. Insere-se, demais disso, exatamente nesse contexto de limitação entre os Poderes.

Roger Stiefelmann Leal, ao cuidar da nova fisionomia dos poderes inerentes à jurisdição constitucional, observou o seguinte acerca das novas funções que permeiam essas Cortes:

²⁴ Vide item 1.2.3 infra.

²⁵ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2007, p. 4.

²⁶ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2007, p. 51.

Ainda que o estudo presente neste capítulo não tenha sido exaustivo – e esse não era o seu propósito –, sobressaem, de maneira bastante eloquente, das práticas e dos procedimentos adotados em sede de jurisdição constitucional novas funções que refogem aos padrões conceituais do controle de constitucionalidade. Não bastasse a discricionariedade ou liberdade interpretativa franqueada pela excessiva polissemia de muitos princípios e regras constitucionais, os atos emanados dos órgãos a que cumpre a função de julgar as leis impõem censuras políticas, estipulam prazos aos demais poderes, suprem omissões, assumem o controle de novos parâmetros, além de convalidar inconstitucionalidades e legislar provisoriamente.²⁷

A respeito da Corte Norte-Americana, Lawrence Baum observa:

A Corte Suprema ajuda a resolver muitas das questões mais importantes e mais controversas nos Estados Unidos e, ao fazer isto, molda a política do Governo em áreas tão diversas como os direitos civis e a proteção do meio ambiente. (...) Os Tribunais são parte integrante do Governo e, assim, são instituições políticas por definição.²⁸

Quanto ao papel político do Supremo Tribunal brasileiro, em específico, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma:

Na Constituição tal qual vige atualmente avulta o papel político do Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um fenômeno ensejado pelo texto de 1988, mas certamente não previsto nem programado pelos que a elaboraram.

Por papel político, aqui se entende não uma atuação em prol de interesses partidários, mas uma participação ativa na conformação da ordem constitucional, da ordem jurídica infraconstitucional e também na definição de rumos administrativos, nisto incluídas as políticas públicas.²⁹

Conquanto tal papel político já pudesse ser vislumbrado implicitamente na Carta originária (1988), como resultado de uma certa interpretação da expressão “guardião da Constituição Federal”, é indiscutível que a atual conformação normativa acerca do Poder Judiciário lhe permite agir além dos quadrantes do que se costumou chamar de “legislador negativo”, em que se fulminavam inconstitucionalidades. Assim, permite-se-lhe atualmente o agir a título de construtor da Constituição Federal, como se verdadeiro

²⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 99.

²⁸ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana – uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo**. Tradução do original “The Supreme Court” a cargo da Editora. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p. 11-12.

Confira-se também, sobre as Cortes Americana e Italiana:

LAMBERT, Eduard. **Il governo dei giudici e la lotta contra la legislazione sociale negli Stati Uniti, L’esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi**. Tradução de Roberto D’Orazio e Fabrizio Megale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, *in* **Revista do Advogado – 20 anos da Constituição**. São Paulo: AASP, Ano XXVIII, Setembro de 2008, n° 99, p. 86.

constituinte fosse. Não se trata, portanto, de mero guardião, atualmente. Tampouco de simples função jurisdicional, tal como existente na base da repartição das funções estatais.

Sobre o termo “construtor”, veja-se algo na seguinte passagem de Luiz Guilherme Marinoni:

Nas teorias clássicas, o juiz declara a lei ou cria a norma individual a partir da norma geral. Atualmente, cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e o controle de constitucionalidade.³⁰

Dois exemplos demonstram estas afirmações. Um diz respeito à modulação de efeitos das decisões, tema deste trabalho. Conferiu-se ao Supremo o poder de manter como válida e vigente no sistema lei ou ato normativo reconhecidamente inconstitucional. Inconstitucionalidades, portanto, não mais implicam, necessariamente, nulificação do ato viciado. Nos termos do artigo 27 da Lei 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.

O segundo exemplo reside no poder de que se reveste o Supremo de editar Súmulas Vinculantes. Suas decisões, com isso, a par de ostentarem conteúdo qualificado (não só de dizer o que a Constituição é, em termos de regras ou princípios expressos, como também de revelar a Constituição “invisível”, não aparente), ainda poderão trazer conseqüências vinculantes de importância ímpar no sistema.

Confiram-se, a propósito, os termos³¹ da Constituição Federal de 1988, artigo 103-A, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2004.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 30.

³¹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato

Em ambos os casos (modulação de efeitos e edição de súmula vinculante), há inegável agir político da Corte, tanto que se exige quorum qualificado e fundamentação tipicamente política como base, expressada pelas locuções “*excepcional interesse social*” e “*grave insegurança jurídica*”³², constante dos enunciados respectivos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho considera como verdadeira “revolução” no Direito Constitucional brasileiro essa possibilidade de modulação:

Essa “modulação” inspira-se no Direito europeu. Ela significa que um ato inconstitucional, assim reconhecido, possa continuar a vigor como se válido fosse, para sempre ou até um termo fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Deste modo, pode operar somente para o futuro. Daí resulta claramente que a norma inconstitucional não é mais sempre nula, que os efeitos não mais são necessariamente desfeitos *ex tunc*... É uma “revolução” no Direito Constitucional brasileiro.³³

Isso tudo escapa às tradições jurídicas pátrias, admita-se, e vem desafiando a doutrina relativa à repartição das funções estatais, atualmente, a ponto de não ser possível fixar com clareza os exatos limites da atividade conferida ao Poder Judiciário.

Demais disso, conforme acentua Leonardo André Paixão, os atos estatais praticados em sede de função política não se sujeitam a reexame ou controle, e são desvinculados de prazos.³⁴ Daí ser imperioso que o ato de modular, em sede de controle de constitucionalidade, se concretize em termos de atendimento à Constituição, afinal a “*má interpretação da Constituição não é, só por si, ‘inconstitucional’ – é errada. Mas quem erradamente interpreta infringe a Constituição*”.³⁵

1.1.3. Direitos e deveres fundamentais

Como visto, a razão de existir do Estado se conecta ao elemento humano que o compõe. O Estado figura em localização dúplice em suas relações com o povo, ou seja, encontra-se tanto na posição de efetivador das condições de realização dos direitos

administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

³² Sobre o termo “grave insegurança jurídica”, confira-se comentário relativo à nota de rodapé nº 178.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, *in* **Revista do Advogado – 20 anos da Constituição**. São Paulo: AASP, Ano XXVIII, Setembro de 2008, nº 99, p. 88.

³⁴ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2007, p. 62-63.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, RT, 1967, Tomo I, p. 230.

fundamentais, como na de sujeito passivo na observância destes direitos, devendo-lhes fiel respeito.

Os direitos fundamentais, como se sabe, materializam um sem-número de conquistas da humanidade, no transcorrer histórico, muitas das quais obtidas em meio às iniquidades do próprio Estado, que freqüentemente atuava e ainda atua exorbitantemente, em contrariedade aos direitos humanos.

Nas palavras de Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.³⁶

Entenda-se por direitos fundamentais, portanto, na esteira do ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não apenas aqueles elencados no Título II da Constituição Federal de 1988, como também outros espalhados pelo seu texto, “como é o caso da seção relativa às *limitações do poder de tributar*”.³⁷

Paulo Bonavides, com suporte em Albert Bleckmann, os define “*como as normas objetivas da Constituição que regulam as relações dos indivíduos com o Estado*”.³⁸

Numa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, constata-se que eles não se limitam à única função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que também irradiam valores e fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Acerca das funções dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho menciona quatro grupos: as funções de defesa ou de liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e a função de não discriminação. Sobre as primeiras, nas suas palavras, veja-se no que consistem:

Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de

³⁶ MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais – teoria geral**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97-98.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 581.

exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).³⁹

Igual mecanismo se reserva à segurança jurídica, seja quando considerada princípio constitucional implícito, seja quando encarada como direito fundamental⁴⁰. A par de configurar verdadeiro direito face ao Estado, informa todo o ordenamento, impondo-lhe diretrizes de observância obrigatória.

Entenda-se o termo “princípio” aqui segundo sua conformação tradicional. Veja-se o seguinte conteúdo, conforme síntese de Adriana Zawada Melo:

Demais disso, sendo os princípios constitucionais normas que expressam valores superiores que inspiraram o constituinte na criação e na organização do Estado, exercem fundamental função hermenêutica, fornecendo as diretrizes para interpretação normativa.⁴¹

Não é dado ao Estado desprezar os direitos fundamentais, em todas as funções que possam ser exercidas (judicial, legislativa e administrativa). Por força da eficácia irradiante que dela deriva, impõe-se ao Estado, no momento de aplicação das normas, a observância desses direitos. O mesmo se diga com relação à segurança jurídica.

Também de José Joaquim Gomes Canotilho se extrai a seguinte passagem: “*Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial.*”⁴²

Falar-se em direitos fundamentais significa, porém, lançar um olhar meramente parcial sobre um tema que é mais complexo, dada a existência dos deveres fundamentais. Apesar de não pacífica a doutrina quando se trata da admissão dos deveres fundamentais, com assento na Constituição de 1988, pode ser lembrado como exemplo o dever fundamental de honrar as obrigações tributárias.

No presente estudo, serão analisados ao final alguns julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise de modulações de efeitos decisórios no controle de constitucionalidade. Nestes julgados será possível encontrar o tema dos direitos fundamentais, especialmente os de acesso ao Poder Judiciário e de igualdade tributária, em contrapartida aos deveres fundamentais tributários, e à segurança jurídica.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 383.

⁴⁰ Confirmam-se mais detalhes nos itens 1.3.3.4 e 1.3.3.5 desta dissertação.

⁴¹ MELO, Adriana Zawada. Funções dos princípios constitucionais, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, nº 02, p. 23.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 252.

Em suma, insta fixar que no contexto do Estado de Direito, qualquer atuação estatal deve pautar-se pelo respeito absoluto à Constituição, à segurança jurídica e aos direitos fundamentais. Não se toleram desrespeitos de qualquer ordem quanto a esses assuntos, mormente se derivado do próprio Estado, a quem incumbe protegê-los.

Antonio Rovira Vinãs aponta até mesmo a conseqüências no plano internacional quando se atacam direitos fundamentais. Nas suas palavras:

El Estado de Derecho es imprescindible, pero ya no es suficiente porque las lesiones a los derechos fundamentales son lesiones transnacionales y los Estados no tienen la fuerza para controlar muchos de los hechos que lesionan estos derechos. Por ejemplo, el crimen organizado, los delitos de carácter económico, el medio ambiente como es caso de contaminación que se producen en un país y contaminan a otro.⁴³

Aquilo que transborda destes parâmetros ostenta um colorido de mácula ao Estado de Direito, de todo impertinente e inaceitável no seio do ordenamento jurídico.

1.2. Controle de constitucionalidade

Este tópico cuida de controle de constitucionalidade, que é o segundo assunto imprescindível, ao lado do Estado de Direito e da segurança jurídica, para o tratamento do objeto dessa dissertação.

Pretende-se trazer nesse momento apenas o que guardar interesse direto ao desenvolvimento do trabalho, haja vista a amplitude dos assuntos pertinentes a controle de constitucionalidade. Falar-se-á, então, da localização do controle no contexto do Estado de Direito, dos modelos existentes e do histórico da evolução do tema no Brasil, tudo de modo a fornecer a base necessária para entender-se a atual conformação do sistema nacional, com seus novos aspectos, inclusive no que respeita à postura do Supremo Tribunal Federal, já mencionada aliás quando se tratou de sua função política em sede de repartição das funções estatais.

Assim, mesmo no que tange ao item relativo ao histórico – cujo enfoque visa a demonstrar que a atual conformação do sistema de controle é fruto de longa gestação –,

⁴³ VIÑAS, Antonio Rovira. Entrevista “HUMANOS, DEMASIADOS HUMANOS”, por Miguel Donayre Pinedo, in **LTR – La Rama Torcida, Revista Electronica**. Madrid: 2006, nº 05, Julio. Disponível em: <<http://www.laramatorcida.com.pe/documentos/BoletinLRT5.pdf>>. Acesso em 20/11/2009.

Tradução livre do Autor: “O Estado de Direito é imprescindível, mas já não é suficiente porque as lesões aos direitos fundamentais são lesões transnacionais e os Estados não têm força para controlar muitos dos acontecimentos que ferem estes direitos. Por exemplo, o crime organizado, os delitos de caráter econômico, o meio ambiente como no caso da contaminação produzida em um país que contamina outro.”

apenas são apontadas as informações que de algum modo possam ser úteis a tratar da modulação de efeitos fundamentada em segurança jurídica.

1.2.1. Introdução

É também nos quadrantes do Estado de Direito que se intromete o tema do controle de constitucionalidade, como instrumento de regulação e limitação do exercício do Poder. Impõem-se, pois, ligeiras observações a respeito.

Sabe-se que a produção normativa do Estado se faz de variada forma, ora pela atuação do legislador, ora pela atuação de outros agentes, conforme as respectivas autorizações constantes do próprio ordenamento.

Assim, é certo que não apenas o Poder Legislativo confecciona normas (gerais e abstratas, em regra), mas também os julgadores, e até mesmo os particulares (normas individuais e concretas), nos termos do que se encontra autorizado no direito objetivo, cada qual com os próprios caracteres quanto aos graus de abstração e generalidade.

No ordenamento pátrio, incumbe principalmente ao Poder Judiciário, em termos básicos, controlar a constitucionalidade de referida produção normativa, com vistas a manter a Constituição – ou o próprio Estado de Direito, em última análise – incólume a desrespeitos. Esta é uma atividade *transcendente*, como afirma Pontes de Miranda:

O poder de verificar se um facto é constitucional ou não, quer exercido pela Justiça, quer pelo Poder legislativo, quer pelo executivo, implica exame do acto do órgão (o mesmo não seria dizer o acto do Estado). Por sua natureza, é transcendente; porém não transcendente em relação ao Estado, um de cujos órgãos é que verifica: transcendente quanto á actividade dos outros órgãos.⁴⁴

Tal tarefa se fundamenta no cânone da supremacia e rigidez da Constituição, do que decorre não apenas a necessidade de conformidade da legislação infraconstitucional face às normas hierarquicamente superiores constantes da Constituição, como também a exigência de um processo legislativo mais rigoroso para se envidar modificações de texto constitucional.

É que a Constituição, como exposto por Hans Kelsen, é:

Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932, p. 115-116.

determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira de como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.⁴⁵

Carlos Alberto Lúcio Bittencourt assim assentou o mesmo pensar: “a *idéia da inaplicabilidade da lei inconstitucional é uma decorrência do princípio da hierarquia das leis (...)*”, e em outra passagem, afirma que “a *Constituição é a medida suprema da regularidade jurídica*”.⁴⁶

O termo “supremacia constitucional” indica, nas palavras de José Afonso da Silva, que:

A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas jurídicas.⁴⁷

Justamente nessa função de salvaguarda constitucional, com o fito de garantir a supremacia da Constituição, vale observar, faz-se presente constantemente o vetor segurança jurídica, a direcionar a atuação estatal de controle de constitucionalidade, como já se tratou de passagem no tópico relativo aos direitos e deveres fundamentais⁴⁸.

Tal controle, convém dizer, incide para verificar tanto a conformação material quanto a formal dos atos controlados face à Carta Superior, e pode efetivar-se, no Brasil, de forma abstrata ou objetiva, pelo Supremo Tribunal Federal, ou de forma concreta, na análise de situações jurídicas particulares, por todos os órgãos judiciais.

Seja como for, a *idéia central reside em expulsar do sistema os atos normativos estatais incompatíveis com a Constituição, afinal a “anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Consituição.*”⁴⁹

Pontes de Miranda menciona a necessidade de verificação jurídica dos atos dos Poderes, no seguinte excerto:

⁴⁵ KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. Tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007 p. 131.

⁴⁶ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das Leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. 2.ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.#21.

⁴⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 47.

⁴⁸ Vide item 1.1.3 retro.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. Tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 148.

O povo, com o principio da constitucionalidade das leis e dos actos dos poderes, quer que os órgãos do Estado não fiquem livres de verificação jurídica. O corpo, a que se dá a vigilância, ou o corpo e a pessoa, ou só a pessoa (Chefe de Estado) exerce função ligada ao poder constituinte, é o instrumento de auto-defesa da Constituição, das forças que, no momento dado, acharam as formulas de equilibrio, traduzidas nos textos constitucionaes. Toda a ordem jurídica será vigiada, inclusive as reformas constitucionaes, quanto á observancia das formalidades necessarias, desde a legislação geral, até as Constituições dos membros da federação e as leis destes.⁵⁰

Conquanto ainda se mostre pertinente fazer tal distinção entre as formas de controle, nota-se atualmente forte tendência em se objetivar o controle concreto, de modo a derivar da decisão lançada no exame de uma lide particular efeitos que atingirão todas as demais lides (de igual conteúdo jurídico).

É o que se tem chamado de abstrativização do controle de constitucionalidade subjetivo. Nas palavras de um dos Ministros da Corte, Gilmar Ferreira Mendes, em citação feita por Wagner Amorim Madoz:

A função do Supremo nos recursos extraordinários - ao menos de modo imediato - não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.⁵¹

Independente disso, em termos kelsenianos, é por ocasião do controle que será decidido se determinada norma é ou não válida (relação de pertinencialidade⁵²), ou seja, se fora produzida consoante as respectivas regras de produção normativa existentes no ordenamento e se houve respeito material às normas que lhe são hierarquicamente superiores. Exatamente o que se mencionou linhas atrás com o nome de controle formal e material de constitucionalidade.

Assim, o sistema jurídico se protege de eventuais invalidades, em nome do respeito ao primado da constitucionalidade (sobre o que se alicerça o Estado de Direito, lembre-se), resultando disso flagrante homenagem à segurança jurídica, como se verá a seguir, afinal são sanadas as distorções de compatibilidade entre normas.

⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932, p. 122.

⁵¹ MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais, *in* **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2005, n.º 119, p. 75-76.

⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 15.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80.

E nesse aspecto, cumpre notar, reside mais uma ligação entre controle de constitucionalidade e o tema Estado de Direito, afinal a atividade de controle revela a característica de as funções estatais serem exercidas de forma repartida e limitada, porque submetido o Estado ao primado do Direito.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, ao cuidar da defesa do Estado e da Constituição:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e de outros poderes públicos não conformes com a constituição.⁵³

Em vias de conclusão, merece ser colacionada outra lição do mestre de Viena, para quem a atividade de anulação das leis inconstitucionais não se revela verdadeiramente jurisdicional, tendo em vista que anular uma lei implica estabelecer uma norma geral. Haveria então uma atividade legislativa negativa, a significar não uma afronta à divisão dos poderes, mas sim uma afirmação do princípio da separação dos poderes.⁵⁴

Fez-se necessária tal menção por conta da ainda atual celeuma que a atividade de controle de constitucionalidade enseja, no sentido de se configurar invasão da tarefa do Legislador. Em tópico próprio o assunto será retomado, em linhas de conclusão do quanto já se adiantou por ocasião do tratamento da função política do Supremo Tribunal⁵⁵.

1.2.2. Modelos de controle

É comum a referência ao direito norte-americano, especialmente ao caso *Marbury vs Madison*, quando se trata das origens do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Foi este, nos idos de 1803, o primeiro caso em que a Suprema Corte federal reconheceu a nulidade de uma lei aprovada pelo Congresso local.

O julgamento deste caso revela que se negou aplicação à lei, em determinada situação concreta, porque o contrário afrontaria a Constituição, tida por superior hierarquicamente em relação aos demais diplomas normativos.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 823.

⁵⁴ KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. Tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.^a edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 152.

⁵⁵ Vide item 2.3 desta dissertação.

Como é cediço, este modelo jurisdicional difuso é aquele em que a constitucionalidade dos atos normativos pode ser aferida por ocasião da análise dos casos concretos submetidos à apreciação judicial. Dá-se, pois, de modo incidental a fiscalização de constitucionalidade, que pode ser levada a cabo por quaisquer dos órgãos do Poder Judiciário.

Quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o presente modelo revela um alcance, em princípio, *inter partes* e retroativo, conquanto possa haver nuances diversas em casos excepcionais.

Acerca da síntese do controle difuso, vejam-se os termos em que Anna Candida da Cunha Ferraz expõe o tema:

O controle difuso, com suas características básicas extraídas sob a inspiração do modelo americano de controle – controle do caso concreto, provocado pelo titular do direito violado por ato inconstitucional; controle exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal e, em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *inter partes* e *extunc* – é instrumento por excelência de proteção de direitos fundamentais. A universalidade do acesso favorecendo o princípio constitucional do acesso à justiça a todo e qualquer titular de direito violado por ato ou norma inconstitucional alarga a abrangência do controle e o democratiza, concretizando o princípio constitucional de que nenhuma lesão de direito será retirada da apreciação do Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, CF). A decisão proferida em sede de controle difuso só alcança as partes, mesmo se proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e não tem, em princípio, efeitos vinculantes nem para o Judiciário nem para os demais poderes políticos; todavia, ante a reforma do Poder Judiciário provocada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08/12/2004, poderá o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da súmula vinculante, atribuir efeitos dessa ordem em ações originadas no controle difuso. Não obstante, reforça, ainda que de maneira tênue e pálida, a eficácia das decisões nessa via de controle e remessa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal (art. 52, X, CF) que poderá, à sua discrição (segundo entendimento majoritário do STF e da doutrina) expedir Resolução suspendendo a execução de ato ou lei declarados inconstitucionais em decisão definitiva e, via este mecanismo, estender o alcance da decisão *erga omnes*. Apesar dessas ‘vantagens’, a decisão, em sede de controle difuso, pode se tornar menos eficaz em razão da demora na tramitação processual para se lograr obter decisão final do STF, pelo que se impõe a necessidade de aprimoramento desta modalidade de controle.⁵⁶

O segundo modelo que se pretende abordar é o concentrado. Neste, o exame da compatibilidade entre atos normativos e a Constituição Federal integra a competência de

⁵⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais, in **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2004, ano 04, n.º 04, p. 41-42.

um órgão único e especializado, independente de todos os demais poderes do Estado, o qual faz a análise de constitucionalidade dos atos não por ocasião do julgamento de casos concretos, mas sim pela via abstrata principal, ou seja, analisa-se a constitucionalidade das espécies normativas em tese, e em alguns casos até mesmo de forma preventiva.

A origem de tal modelo se prende à Europa, mais precisamente à Áustria do início do século XX, por obra de seu principal artífice, Hans Kelsen, um dos redatores do projeto da Constituição austríaca de 1920.

Sobre os efeitos deste controle, observa-se serem *ex nunc* ou *pro futuro*, no que reside aliás o que se costumou classificar de função de legislador negativo da Corte Constitucional, a par de *erga omnes*.

Hans Kelsen, a propósito, foi enfático ao afirmar que a natureza dessa tarefa não se revela verdadeiramente jurisdicional, pois anular uma lei implica estabelecer uma norma geral; haveria então essa “*atividade legislativa negativa*”, mas sem que isso configure afronta à divisão dos poderes. Ao contrário, reafirme-se, entende ele que a instituição da jurisdição constitucional é uma afirmação do princípio da separação dos poderes.⁵⁷

Mauro Cappelletti parece concordar com isso, quando aponta que no modelo austríaco original havia exercício de função política na tarefa constitucional de controle de constitucionalidade, e não função judiciária, o que veio por sinal a ser modificado pela reforma constitucional de 1929, com a alteração do art. 140 da Constituição austríaca.⁵⁸

Anna Candida da Cunha Ferraz assim sintetiza os principais caracteres sobre esse modelo:

O controle concentrado é instrumentalizado pela ação direta de inconstitucionalidade, pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pela ação declaratória, pela ação interventiva e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De modo geral, os dois primeiros instrumentos de controle concentrado se destinam precipuamente à defesa da Constituição e da normalidade constitucional, não visando, ao menos de modo direto, à proteção dos direitos fundamentais.

O primeiro e mais utilizado instrumento de controle concentrado – a ação direta de inconstitucionalidade ADI – tem características que o torna poderoso instrumento de fiscalização constitucional, quais sejam:

⁵⁷ KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. Tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 152.

⁵⁸ CAPELLETTI, Mauro. **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 106.

controle em tese e processo objetivo; objeto razoavelmente abrangente (leis e atos normativos federais e estaduais); competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal; celeridade procedimental, particularmente graças à possibilidade de concessão de medida liminar; decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes, estes a partir da Lei 9.868/99; e legitimação restrita, nos termos do artigo 103 da Constituição Federal, que, todavia, abrange um rol significativamente numeroso de legitimados.⁵⁹

Por fim, há o modelo denominado político, ou francês, de controle de constitucionalidade, surgido em um ambiente de difundida crença no dogma de ser a lei produto e expressão da vontade geral, e em que a preocupação maior era a de evitar os abusos dos Poderes Executivo e Judiciário, não do Legislativo.

Tal controle é exercido pelo Conselho Constitucional francês, composto por nove membros, a par dos membros natos, nomeados à proporção de um terço pelos Presidentes da República, Senado e Assembléia Nacional, todos com mandato de nove anos. A cada três anos se renovam três membros do Conselho, um de cada “representação”.

A análise da compatibilidade constitucional é feita basicamente por ocasião anterior à promulgação da lei, ou ratificação de tratado internacional, e também se dá de forma abstrata, por provocação e em alguns casos de modo até mesmo obrigatório.

O mecanismo foi explanado por Marcelo Passamani Machado, nos seguintes termos:

Com o exame da questão pelo Conselho Constitucional, surgem duas possibilidades básicas: (i) o ato normativo é considerado compatível com o “bloco de constitucionalidade” e a sua constitucionalidade não poderá mais ser questionada perante qualquer órgão; ou (ii) o ato normativo é considerado inconstitucional e não poderá entrar em vigor até que seja devidamente compatibilizado (o que pode ser feito não apenas pelo órgão de origem, mas até mesmo pelo próprio Conselho Constitucional, pela via interpretativa) ou que a Constituição seja alterada (o que, naturalmente, é muito mais raro).⁶⁰

As decisões do Conselho, portanto, configuram controle prévio de constitucionalidade e espriam efeitos *erga omnes*, que atingem todos os órgãos estatais, conquanto também se possa apontar na França a existência de um certo controle repressivo de constitucionalidade.

⁵⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais, in **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2004, ano 04, nº 04, p. 43.

⁶⁰ MACHADO, Marcelo Passamani. **Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 94.

Estes são, em suma, os modelos de controle existentes. Adiante-se desde já, sobre o sistema de controle de constitucionalidade pátrio, que nos seus contornos atuais há características decorrentes dos três modelos básicos ora vistos. E a evolução histórica demonstra que houve forte marca do sistema difuso, mas tudo se encaminha rumo à conformação do sistema concentrado, ao menos de forma prevalecente.

1.2.3. Histórico da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil

A evolução do tema no Brasil guarda relações, como acaba de ser afirmado, com os modelos norte-americano, concentrado e político descritos anteriormente. Aliás, atualmente, apresentam-se no sistema brasileiro características que combinam principalmente os traços principais destes dois primeiros modelos, o que lhe rende o qualificativo de misto por muitos doutrinadores. Notam-se, também, traços de controle político preventivo e sucessivo.

Em recente⁶¹ publicação intitulada “20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil”, Anna Candida da Cunha Ferraz expõe os dados históricos a respeito do controle de constitucionalidade no Brasil, dividindo-o em seis fases⁶² evolutivas.

Vejam-se em síntese essas fases:

Na 1.^a fase, com a “Constituição Política do Imperio do Brazil”⁶³ [sic] de 25/03/1824, inexistia controle jurisdicional. Por outro lado, adotaram-se aspectos do controle político, por influência da idéia de soberania parlamentar existente à época na França, ao se atribuir ao Legislativo o poder de “fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e revogal-as” [sic] e “velar na guarda da Constituição (artigo 15, VIII e IX)”⁶⁴.

⁶¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. 20 Anos da Constituição de 1988: A Evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil, *in* Fernando G. de Andréa Ferreira; Paulo Braga Galvão. (Org.). **Direito contemporâneo - Estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira**. 1.^a edição. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009, v. 1, p. 123-174.

⁶² Tal divisão já constara de trabalho anterior da mesma autora. O novo modelo de controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifio, 2001, ano 01, nº 01, p. 11-45.

⁶³ Texto na íntegra disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 20/11/2009.

⁶⁴ Artigo 15: E' da attribuição da Assembléa Geral, VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX.Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

Em período seguinte, introduziu-se no sistema pátrio o modelo jurisdicional difuso, inspirado no modelo americano, porém com particularidades próprias, a conviver com os aspectos do controle político já existentes. Isso se dá com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891⁶⁵, e com a Emenda Constitucional de 1926, que a par disso também trouxe um sistema de defesa das constituições estaduais.

Assim rezavam os artigos 58, § 1.º, e 59, ‘a’, desta Carta⁶⁶:

Art. 58 (...), § 1.º: Das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;
- b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.

Artigo 59 - Compete aos juízes ou tribunaes federaes decidir:

- a) as causas em que alguma das partes estribar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal. [sic]

Com o Decreto 848 de 11/10/1890, consagrou-se a via incidental, ao se estabelecer, no artigo 3.º, que “*na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação da parte*”. [sic]

Ao depois, a Lei n.º 221, de 20/11/1894, reforça o caráter incidental e difuso do controle, ao dispor que:

Artigo 13, § 10 – Os juízes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição. [sic]

Em uma 3.ª fase, tem-se a combinação do modelo difuso e do controle *in abstracto*, com manutenção de aspectos do controle político. Isso se instala com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934 e perdura nas Cartas de 1937 e 1946 (na sua versão originária), com temperamentos.

A título de inovação, acrescem-se ao sistema difuso novas atribuições ao Senado Federal, seja para examinar confronto de regulamentos do Executivo e leis, cabendo-lhe suspender a execução de dispositivos regulamentares ilegais, seja para, em sede de controle

⁶⁵ Texto na íntegra disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 20/11/2009.

⁶⁶ O mesmo texto do artigo 59, § 1.º, aliás, já constava do Decreto n.º 510, de 22/06/1890.

político *in abstracto*, suspender leis consideradas inconstitucionais por decisão definitiva do STF e, por consequência, estender os efeitos dessa decisão *erga omnes*.

Nesse sentido, confirmam-se os termos em que lançado o artigo 96 da Carta de 1934:

Artigo 96 – Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n.º IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.⁶⁷

Acerca dessa mencionada competência do Senado, o dispositivo referido (artigo 91, IV) assim dispunha: “*suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário*”.

A razão dessa inovação é explicada por Marcelo Passamani Machado:

De qualquer modo, fica nítida aqui a tentativa de atenuar, no Brasil, a ausência do *stare decisis* do direito norte-americano, evitando-se que, uma vez pronunciada a inconstitucionalidade de um ato pelo Supremo Tribunal Federal, houvesse a proliferação de julgamentos contraditórios nos demais órgãos do Poder Judiciário.⁶⁸

Nessa mesma etapa tem-se uma ampliação da jurisdição constitucional das liberdades com a instituição, a reforçar a via do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular. Apenas sob a Carta de 1937, excluiu-se a possibilidade do manejo da via mandamental em face de atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Introduziu-se, via artigo 12, § 2.º, a “representação interventiva”, que configura um antecedente do controle de constitucionalidade por via principal-concentrada. Assim era a redação:

Artigo 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do artigo 7.º, n.º I, e a execução das leis federais;

§ 2.º - Ocorrendo o primeiro caso do n.º V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

⁶⁷ Texto na íntegra disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 20/11/2009.

⁶⁸ MACHADO, Marcelo Passamani. **Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 99.

Marcelo Passamani Machado explica esse dispositivo:

Assim, pode-se constatar que foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento da constitucionalidade da lei interventiva e, por via de consequência, da inconstitucionalidade do ato estadual tido como causa da intervenção.⁶⁹

Sob a Carta de 1946 o Procurador-Geral da República passou a submeter à apreciação do Supremo diretamente a lei estadual violadora de princípios ‘sensíveis’, em lugar da lei interventiva de iniciativa do Senado. E mais: passou a ser atribuição do Congresso a suspensão da execução do ato inconstitucional.

Na Carta de 1937 o Presidente da República também passou a dispor do poder de submeter novamente ao Legislativo a lei declarada inconstitucional pelo Supremo, para fins de confirmação do julgamento.

Assim ficou a redação do seu artigo 96, parágrafo único:

Artigo 96 – parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Na 4.^a fase, tem-se a adoção definitiva do modelo misto, com predominância, ainda, do modelo difuso e aspectos do controle político. Isto se passa sob a égide da Emenda Constitucional 16, de 20 de novembro de 1965, e resta mantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e na Emenda Constitucional n. 1/69.

Atribuiu-se competência originária e abstrata ao Supremo Tribunal Federal para julgar a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, como se fosse Corte Constitucional, nos moldes kelsenianos.

Desvincula-se, com isso, a representação de inconstitucionalidade das hipóteses de intervenção federal, o que permite afirmar tratar-se da consagração do controle abstrato no direito brasileiro. O dispositivo foi vazado na nova redação do artigo 101, I, alínea ‘k’, alterado pela Emenda Constitucional n.º 16, de 1965.

⁶⁹ MACHADO, Marcelo Passamani. **Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 100.

No plano estadual ocorre uma profunda inovação, com a autorização constitucional para os Estados, mediante lei, estabelecerem competência originária do Tribunal de Justiça para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a Constituição do Estado. Trata-se, pois, de controle abstrato no âmbito estadual.

Demais disso, tem-se a instituição da representação interventiva contra atos municipais violadores da Constituição Estadual.

Quanto à intervenção federal, na Constituição “de 1967/1969” voltou a ser atribuição do Presidente da República a suspensão da execução do ato inconstitucional.

Em 5.^a fase, nota-se a manutenção do modelo jurisdicional misto, com acentuada relevância da jurisdição concentrada e, em certa medida, uma ampliação de institutos de controle político de constitucionalidade. Essa fase tem como marco e fundamento a Constituição originária de 1988, com a alteração conferida pela EC 3/93.

Tem-se então um modelo completo e complexo de jurisdição constitucional.

No plano federal, existem elementos de controle político preventivo, como o veto e a manifestação de Comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, e sucessivo, como a competência, prevista no artigo 49, V, da CF/88 de o Congresso Nacional "sustar atos regulamentares e lei delegada expedida pelo Poder Executivo”.

No plano das liberdades, ampliaram-se os remédios constitucionais de defesa de direitos, com a introdução do *habeas data*, do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo e da ação civil pública, e com a ampliação do alcance da ação popular.

Passa a haver instrumentos expressos de controle concentrado: ação direta, ação de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória (EC 3/93), e ação de descumprimento de preceito fundamental, com ampliação num primeiro momento da legitimação especial (várias autoridades e entidades civis) apenas para a ADI. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são ampliados nos instrumentos processuais novos (*erga omnes* e vinculantes — na ADC).

No plano estadual, a Carta de 1988 impôs as bases para o controle jurisdicional concentrado via de ação direta, a par do sistema de defesa da Constituição Estadual pela via difusa de controle, e a ação direta interventiva.

Com a 6.^a e derradeira fase, chega-se aos dias atuais. O modelo permanece misto, porém com profunda modificação na jurisdição constitucional, a revelar nítida prevalência

do modelo jurisdicional concentrado e significativa minimização do controle difuso, mantido o controle político preventivo e sucessivo.

Os instrumentos normativos introdutórios da nova fase são as Leis 9.968/99 e 9.882/99, e a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário), que trouxeram as seguintes inovações: a) possibilidade de modulação de efeitos temporais do julgamento em sede de controle, a se espalhar com efeitos vinculantes; b) introdução da súmula vinculante e do instituto da repercussão geral, ambos limitadores do controle difuso em seu alcance e efeito; c) regulamentação da ADPF como instrumento misto (controle concentrado exercido a partir do controle difuso, alcançando inclusive leis e atos municipais e atos do Poder Executivo); d) ampliação dos legitimados para a ADC; e) ampliação dos efeitos da ADI; e f) ampliação e reforço de novas técnicas de interpretação constitucional.

Em apertada síntese, assim foram sumariadas as fases evolutivas por Anna Candida da Cunha Ferraz:

1ª fase – Inexistência de um controle jurisdicional e adoção preferencial de aspectos do controle político.

2ª fase – Introdução do modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade, na modalidade do controle difuso, inspirado no modelo americano e sua convivência com aspectos do controle político de constitucionalidade.

3ª fase – Combinação embrionária do modelo difuso de controle jurisdicional, de matriz norte-americana, que continua predominantemente, com o modelo concentrado de controle, de influência Kelseniana, e a convivência com aspectos do controle político reforçado.

4ª fase – Adoção efetiva de um sistema misto (modelos difuso, de matriz norte-americana e concentrado, de matriz austríaca), ainda com predominância do modelo difuso e a permanência de aspectos do controle político de constitucionalidade.

5ª fase – Reafirmação do sistema jurisdicional misto, porém com acentuada tendência para o domínio do modelo concentrado e a redução da aplicação do difuso, e adoção de um modelo político de controle de constitucionalidade reforçado.

6ª fase – Profunda modificação no controle de constitucionalidade no Brasil, com nítida prevalência do modelo jurisdicional de controle concentrado e significativo reducionismo do controle difuso, e manutenção do controle político de constitucionalidade.⁷⁰

⁷⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O novo modelo de controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2001, ano 01, nº 01, p. 13.

Feitas essas rápidas menções históricas, torna-se mais claro aquilo que já se afirmara linhas atrás, acerca de a conformação atual do sistema pátrio apresentar características provenientes dos três modelos básicos examinados no item anterior. Convém, em seguida, detalhar melhor o atual sistema de controle brasileiro.

1.2.4. Breves notas sobre a construção clássica da inconstitucionalidade

O inicial sistema de controle de constitucionalidade brasileiro se pautava no que se pode denominar de teoria clássica da inconstitucionalidade. Esta foi elaborada a partir de duas premissas básicas, quais sejam, a) a de que há inconstitucionalidade em toda lei ou ato normativo que se apresente violador de preceitos constitucionais, que lhe são hierarquicamente superiores no ordenamento, e b) por isso, segue-se que o ato inconstitucional é nulo.

José Joaquim Gomes Canotilho faz a seguinte observação a respeito da hierarquia superior da Constituição, como modo de defendê-la:

Retomando aos postulados positivistas da unidade da ordem jurídica e da ausência de contradições do ordenamento jurídico e pressupondo, mais ou menos explicitamente, uma teoria gradualista das fontes do direito, a regra da nulidade *ipso jure* é uma dedução perfeitamente lógica: as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito porque, desde o início, violam a norma ou normas hierarquicamente superiores da constituição. Nesta perspectiva, a nulidade *ipso iure* das leis é, no fundo, uma concretização do princípio da hierarquia das normas (*lex superior derogat legi inferiori*).⁷¹

Os vícios geradores de inconstitucionalidade poderiam ser de ordem formal (relativo à formação procedimental do ato) ou material (referente ao conteúdo do ato).

Verificado que fosse pelo órgão de controle que uma dada lei ou ato normativo se revestia de inconstitucionalidade, seguia-se a declaração nesse sentido, do que se espraariam efeitos conforme a sede de fiscalização: se difusa, *inter partes* e *ex tunc*; se concentrada, *erga omnes* e *ex nunc*.

Em tempos atuais, essa base clássica acerca do tema já não mais subsiste. Os contornos do sistema de controle são bastante diversos frente a isso, como se poderá notar no tópico subsequente.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 878.

1.2.5. Aspectos do atual controle de constitucionalidade no Brasil

No que tange à configuração atual do sistema pátrio, muitos aspectos poderiam ser apresentados, tal como se passou com todos os itens que antecederam a este acerca do controle de constitucionalidade. Não convém tratar de tudo, razão por que seguem apontados apenas os detalhes que mais interessem para tratar do capítulo final dessa dissertação.

Dividam-se, pois, em duas partes a presente tratativa. Uma para fins de indicação dos aspectos gerais do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, e outra em que se abordam aspectos mais recentes do tema, o que se poderia chamar de novidades, ou novos aspectos.

1.2.5.1. Aspectos gerais

O controle de constitucionalidade brasileiro ostenta, atualmente, um nível incomum de complexidade. Note-se, a essa altura, que a par de suas inspirações recaírem sobre os três modelos básicos existentes, como já se viu em item próprio, ainda se fazem presentes peculiaridades próprias.

Manifesta-se de acordo com essa complexidade José Paulo Sepúlveda Pertence:

O Supremo Tribunal desempenha nesse altamente complexo sistema brasileiro de jurisdição constitucional duas funções básicas: o de órgão de cúpula da jurisdição constitucional difusa não só no controle da constitucionalidade de normas, mas também por sua competência recursal, sobretudo a recursal extraordinária, mas não só nela, também da interpretação da Constituição e de sua aplicação direta a casos concretos. A isso diz respeito a eventual súmula vinculante.⁷²

Em linhas gerais, as características atuais do sistema brasileiro estão delineadas conforme passa a ser exposto.

Na via difusa, por ocasião da análise de quaisquer lides concretas submetidas à apreciação do Poder Judiciário, é conferido a todos os órgãos judiciais afastar a aplicação de atos normativos por incompatíveis frente à Constituição Federal. Declara-se, assim, eventual inconstitucionalidade de modo incidental no bojo de processos vocacionados à solução de lides entre os jurisdicionados.

⁷² PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais, in **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 396.

É possível que tal decisão se origine de julgamento do Supremo Tribunal Federal, também, ao analisar recursos em ações originadas de outras instâncias judiciais. Nesse caso, o sistema prevê o mecanismo da suspensão da eficácia do ato normativo objeto da declaração de inconstitucionalidade, o que se dá por via de Resolução do Senado Federal, apta a tornar *erga omnes* os efeitos que até então se restringiriam às partes envolvidas.

Também por ocasião do controle concreto, difuso, e após reiteradas decisões exaradas pelo mesmo Supremo Tribunal Federal, permite-se no sistema brasileiro a edição de Súmulas Vinculantes, nos termos do artigo 103-A, da Constituição Federal.

A par de figurar como órgão de cúpula do Judiciário pátrio, compete também ao Supremo Tribunal Federal, como já se viu, julgar as ações por meio das quais se exerce a fiscalização abstrata da constitucionalidade dos atos normativos.

Nestas hipóteses previstas no sistema, o controle se dá no bojo de processos objetivos, em que inexistente lide entre jurisdicionados a analisar. O objeto de referidas ações se prende exatamente à apreciação em abstrato da compatibilidade das espécies normativas face à Carta Maior.

Isso se faz por via de vários mecanismos, a saber: a) ação direta de inconstitucionalidade (ADI); b) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); c) ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); d) ação interventiva; e e) ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Essas são, em apertada síntese, as características gerais do sistema pátrio, cujo conhecimento vai contribuir no entendimento do objeto deste trabalho. Listem-se, em seguida, alguns pontos mais detalhados ou recentes a respeito.

1.2.5.2. Novos aspectos

O Supremo Tribunal Federal brasileiro não apresenta contornos exatos de uma Corte Constitucional, tal como delineada nos sistemas de base austríaca ou kelseniana. Configura, isso sim, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, com um sem-número de atribuições jurisdicionais ordinárias, a par da tarefa de tutelar e harmonizar a ordem constitucional.

É bem verdade, seus atuais traços fazem com que sua feição se aproxime sobremodo do perfil de Corte Constitucional, a revelar uma tendência desde há muito existente, conforme se nota no tópico⁷³ referente à evolução histórica.

Com efeito, desde o nascedouro das ações direta interventiva e de representação por inconstitucionalidade, nas décadas de 40 e 60, respectivamente, até a instituição dos institutos da súmula vinculante e repercussão geral, em 2004, tudo se põe a confirmar a metamorfose por que passa o Supremo Tribunal Federal, em vias de se tornar verdadeira Corte Constitucional. Talvez isso até mesmo se concretize, definitivamente, em futuro próximo.

Dado esse perfil, é inegável a presença de forte carga política na atividade deste tribunal, o que se evidencia em tarefas como a modulação dos efeitos decisórios, ou por ocasião da ponderação de direitos fundamentais colidentes. Isso se faz ainda mais nítido quando se pensa no alcance geral que suas decisões produzem, mormente quando se trata de efeitos vinculantes.

Eduardo Talamini cuida desses novos aspectos da atuação do Supremo Tribunal:

Este trabalho ocupar-se-á de quatro aspectos da atual configuração das competências do Supremo Tribunal para questões constitucionais: (i) o instituto da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário; (ii) o fenômeno da ampliação da força vinculante das decisões tomadas em processo objetivo de controle de constitucionalidade, até a instituição das súmulas vinculantes; (iii) a modulação de efeitos das decisões de controle de constitucionalidade; e (iv) o fenômeno da ampliação do alcance do controle direto de constitucionalidade, propiciada pelos institutos da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da súmula vinculante.⁷⁴

Tudo isso, percebe-se, não foi gerado espontaneamente. É fruto, ao contrário, de um longo processo de sedimentação consagrado na *práxis* do Supremo.

As novidades no sistema de controle brasileiro, de fato, são várias, o que reforça, diga-se assim, o caráter não “exato” da ciência jurídica. A propósito, com base em uma expressão em termos matemáticos, exatos, ou lógicos, uma lei ou é ou não é constitucional; e com base nisso perduram ou são desfeitos os respectivos efeitos.

⁷³ Vide item 1.2.3 retro.

⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto**. Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – área de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 20.

Como entender, por exemplo, pautado sob essas bases, que uma lei é “ainda constitucional”, ou que está em “trânsito para a inconstitucionalidade”, ou que, é sim e indiscutivelmente inconstitucional, por decorrência de julgamento do STF, mas seus efeitos permanecem até que outra lei seja elaborada, ou até uma certa data, casos em que não há pronúncia de nulidade?

Confira-se a seguinte ementa, em que se tem a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da Constituição do Brasil. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção — apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. (...) **Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses**, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso." (ADI 3.316, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-5-07, DJ de 29-6-07).

Enfim, deve-se considerar que há toda uma nova realidade, não passível de compreensão nos moldes doutrinários ortodoxos, seja em termos de perfil da Suprema Corte, seja no que tange ao funcionamento da jurisdição constitucional por ela exercida.

Faz-se difícil gizar, nesse contexto, alguma regra sobre os efeitos temporais do controle direto no sistema brasileiro, conquanto seja comum nos votos dos Ministros da Corte a afirmação – de cunho mais retórico que real, diga-se – de que os efeitos *ex tunc* são a regra geral em pronúncias de inconstitucionalidades.

Nesse passo, aliás, é possível amalgamar dois dos temas tratados como pressupostos teóricos desta dissertação, isto é, segurança jurídica e controle de constitucionalidade.

É que essa ausência de uma regra geral sobre os efeitos do controle, em termos de previsibilidade do direito, certamente não rende homenagens à segurança jurídica. As situações levadas ao controle do Supremo são objeto de exame caso a caso, e assim a intensidade de eventual decisão de inconstitucionalidade é incerta *a priori*, bem assim seus efeitos temporais, que poderão ser *ex tunc*, *ex nunc*, ou a partir de outro marco qualquer.

Acerca desse casuísmo, confira-se a seguinte passagem de João Maurício Adeodato:

Dentro desse direito dogmaticamente organizado observa-se uma outra sobrecarga na decisão concreta, mediante um crescente distanciamento entre textos legais e decisões, fazendo, por exemplo, com que aumente a importância do Judiciário em detrimento do Legislativo, inclusive e principalmente na concretização da Constituição (jurisdição constitucional). A complexidade vai tornando o direito mais e mais casuístico.⁷⁵

Nem mesmo a existência de prévios julgados pode servir de bússola a permitir alguma previsão de como poderão ser os julgamentos acerca de matéria semelhante, tendo em conta a notória oscilação jurisprudencial que permeia os pilares dos tribunais superiores atualmente.

Tome-se o exemplo da coisa julgada. Como se sabe, eventual eficácia retroativa de declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada de sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada inconstitucional. Nesse sentido sempre se deram as decisões, mas nada garante que assim permaneça. E quanto às relações continuativas (tributárias, *verbi gratia*), no mesmo exemplo, continuariam a ser atingidas apenas prospectivamente, e de modo automático, por tal declaração de inconstitucionalidade, ou algo mais ainda pode se fazer presente e assim se alterar o posicionamento da Corte?⁷⁶

É possível falar-se até mesmo em modulação de efeitos por ocasião da declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo, haja vista a necessidade de regular situações em que surgiram coisas julgadas anteriores e contrárias ao julgamento do Supremo.

Sinceramente, o panorama não é dado a previsões, e a cada novo julgamento surgem surpresas inesperadas no seio jurídico, no âmbito do controle de constitucionalidade.

Em especial quanto ao tema da modulação de efeitos, que configura inegável novidade no atual sistema de controle de constitucionalidade nacional, a perplexidade também é patente. Cuida-se de ferramenta que maximiza o exercício da jurisdição

⁷⁵ ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário, in **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifio, 2005, ano 05, nº 05, p. 87.

⁷⁶ Vide referência em nota de rodapé nº 153.

constitucional, é certo, mas por outro lado, não há a mesma certeza acerca de seu uso ser escorreito.

A frequência com que o Supremo se tem utilizado do mecanismo da modulação é bastante significativa; resta saber se esse uso está condizente com a tarefa engendrada, ou se, ao revés, tem havido uso indevido.

Nesse particular, insta observar que a atividade do Supremo passa a ter contornos de verdadeira função legislativa, de que podem derivar aliás regramentos gerais e abstratos. O julgamento analisado no item 2.4.2 a seguir é exemplo disso. E a problemática que se apresenta nesse instante diz com a conformação material da modulação frente aos ditames constitucionais.

José Joaquim Gomes Canotilho, acerca do sistema português, em que admitida também a ‘modulação de efeitos’, aponta para essa possibilidade de criação normativa:

O n.º 4 do art. 281º estabelece a competência do Tribunal Constitucional para decidir sobre a **limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Trata-se de uma norma de particular importância, pois, ao permitir-se ao TC a «manipulação» dos efeitos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, abre-se-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente *normativos*.⁷⁷

Será que as decisões do Supremo Tribunal, em que se concretizem modulações de efeitos (modulações reguladas por leis ordinárias, atente-se), produtoras de regras gerais e abstratas, com eficácia vinculante, poderiam ser objeto de controle de constitucionalidade nos moldes usuais?

Ao se responder afirmativamente, ter-se-ia a situação – absurda, diga-se – em que certas decisões do Supremo Tribunal, a par de não passíveis de recurso ou ação rescisória, porque emanadas de controle de constitucionalidade, passariam a ser objeto de análise em sua conformação material à carta Maior, bem assim quanto à verificação formal do cabimento da modulação.

Situação análoga a esta, com as devidas proporções, ocorreu por ocasião da polémica que se instaurou acerca do controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais. Pacificou-se o entendimento no sentido de ser possível, mas num primeiro momento tal possibilidade se mostrava com tons de impertinência. Adriana Zawada Melo tratou do tema; em suas palavras:

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 952.

Fica claro, pois, o seguinte: se o próprio controle de constitucionalidade das leis já encontra objeções por parte dos defensores da separação rígida de poderes, e dos que questionam a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, muito mais delicada é a situação do controle de constitucionalidade das manifestações do poder constituinte instituído. Por isso a maioria das cortes constitucionais, através de esforços integrativos, tem privilegiado as decisões políticas expressas nas alterações constitucionais, declarando-as predominantemente compatíveis com o ordenamento, e não violadores dos limites materiais a que necessariamente se sujeitam.⁷⁸

O termo “absurdo” referido anteriormente se deve porque não faz qualquer sentido haver controle de decisões por parte do seu próprio prolator. Já se pontuou, também, que a função política exercida pelo Estado não desafia reexame, nem controle, nem se sujeita a prazos⁷⁹.

Apenas se cogitou dessa situação, explique-se, para o fim de ao menos alertar que a tarefa moduladora de efeitos que o Supremo pode exercer deve revestir-se do máximo apuro, por ser a palavra final acerca da situação, a vincular todos os demais órgãos estatais.

E por máximo apuro leia-se “total” respeito à Constituição, tal como se impõe aos Poderes Legislativos e Executivos de todas as esferas de governo. Sem isso haveria írrita afronta ao Estado de Direito, conforme gizado no início deste trabalho.

1.3. Segurança jurídica

1.3.1. Localização contextual da segurança jurídica

Assentada a localização do tema central deste trabalho no contexto maior do Estado de Direito e do controle de constitucionalidade, o passo seguinte exige considerações introdutórias sobre a segurança jurídica, para que, ao depois, se possa delinear sua noção.

Segurança jurídica, cujo conteúdo ostenta importância de envergadura ímpar em qualquer ordenamento jurídico, é tema pertinente ao Estado de Direito, como já foi mencionado. Nesse tipo de Estado, lembre-se, impera o governo de leis, e não de homens, de modo que as condutas intersubjetivas são reguladas por espécies normativas cujo conteúdo é previamente conhecido pelos jurisdicionados, dado que postas no sistema de

⁷⁸ MELO, Adriana Zawada. A limitação material do poder constituinte derivado, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifio, 2008, ano 08, n° 01, p. 49.

⁷⁹ Conferir explanação de texto referido em nota de rodapé n.º 34.

forma válida. Assim, confere-se a quaisquer dos sujeitos de direito saber como exercer suas liberdades face às leis. O próprio Estado deve obediência irrestrita à Constituição e às leis, afinal só pode agir na medida do quanto permitido pelo ordenamento.

Tais afirmações beiram a obviedade, reconheça-se, e configuram, em resumo, alguns dos sentidos do princípio da legalidade. Em um certo sentido, dentre vários, a segurança jurídica se intromete exatamente aí: as leis devem ser compreendidas e aplicadas em um ordenamento com estabilidade na dinâmica de produção normativa (sejam elas de caráter geral e abstrato, sejam as regulatórias de casos concretos).

É que as condutas sociais se pautam em leis, e não podem ser surpreendidas por mudanças imprevisíveis. Sem estabilidade do direito não se há falar em segurança jurídica.

Até aqui, portanto, já se podem agregar ao termo segurança jurídica as características de ser algo fundamental no Estado de Direito e que confere aos sujeitos de direito pautas previsíveis e estáveis de como se devem verificar as condutas em sociedade.

José Joaquim Gomes Canotilho é pontual nesse sentir:

O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito.⁸⁰

Na atual realidade do ordenamento brasileiro, porém, o panorama que se verifica não se presta a exemplificar tal explanação teórica. Não há como pautar as condutas em sociedade num sistema em que: a) há cerca de cinquenta mil diplomas em vigor; b) há em torno de dez mil diplomas não revogados expressamente⁸¹; c) muitas das regras que são criadas repetem legislação já existente; d) a qualidade da criação legislativa é baixa, e muitas vezes atécnicas; e e) as decisões judiciais são díspares e de conteúdo por vezes imprevisível.

Ives Gandra da Silva Martins expõe números mais precisos a respeito:

O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário divulgou levantamento das normas publicadas nos últimos 19 anos (desde a promulgação da Constituição Brasileira), tendo chegado ao dramático quadro de que foram editadas nada menos do que 3 milhões e 600 mil, das quais 235.900 têm natureza tributária. Apenas no âmbito federal são 148.577, ou seja, uma norma a cada 2 horas, nos últimos 19 anos. E, no que

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 252.

⁸¹ Números expostos por Fernando Dias Menezes de Almeida, por ocasião do XVIII Encontro do Instituto Pimenta Bueno, em 2009, com referência a estudo elaborado por Ives Gandra da Silva Martins.

concerne à Federação Brasileira, é uma disposição legal a cada 3 minutos. Há um princípio, que vem do direito romano, de que a ninguém é permitido desconhecer a lei, que se presume de pleno conhecimento de cada cidadão (“ignorantia legis neminem excusat”). Como nenhum dos 183 milhões 680 mil brasileiros conhece as 3 milhões e 600 mil normas editadas, nos últimos 19 anos, à evidência, o princípio em que se alicerça o direito é de fantástica hipocrisia. Há um cenário, pois, de extrema confusão legislativa, a militar em desfavor da necessidade de um mínimo exigível de segurança.⁸²

Como dito, portanto, há um cenário de extrema confusão legislativa, a militar em desfavor da necessidade de um mínimo exigível de segurança.

Segurança jurídica, porém, não guarda relação apenas com o ordenamento jurídico propriamente dito. É algo que finca raízes mais profundas no contexto social, a ponto de envolver aspectos psicológicos dos indivíduos, em última análise.

Vive-se em tempos de insegurança⁸³ de várias ordens. Inseguranças de ordem econômico-financeira, no plano da incolumidade física etc. Confira-se a seguinte passagem:

Numa época em que “crise” é a palavra-chave para a economia, para as relações sociais, a saúde, a educação e as instituições democráticas, também o é para o Direito. Crise do Direito ou crise da Justiça é a base da insegurança jurídica das nações em desenvolvimento.⁸⁴

Cármem Lúcia Antunes Rocha assim noticia a questão:

Vivemos tempos de insegurança. No entanto, a segurança continua sendo não apenas um objetivo, mas uma necessidade cada vez mais intensa dos homens deste como de todos os séculos. Discursos, propostas, avisos sobre segurança não provam senão o quanto de insegurança domina os medos, receios, anseios dos homens.⁸⁵

Tudo é incerto. Isso se dá tanto em termos individuais, como em relação aos Estados. De um momento para o outro pode instalar-se uma doença fulminante, ou uma guerra externa, enfim, uma modificação qualquer no estado de coisas. Nada está isento de interferências do acaso; no entanto, parece que o intelecto humano, a par de não se curvar à

⁸² MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Inflação legislativa**. Artigo disponível em <http://www.gandramartins.adv.br/art_detalhes.asp?id=126>. Acesso em 03/11/2009. Pesquisa mais recente do IBPT está disponível na íntegra em <http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13081&pagina=0>.

⁸³ Isso, aliás, parece ser afirmação correta para qualquer época e lugar que se considere.

⁸⁴ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p. 17.

⁸⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Sobre o tema, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 9.

implacabilidade desse mecanismo que permeia o funcionamento da vida, ainda insiste em tentativas de modificação da realidade.

Quantos já não foram os vãos desejos de imortalidade, a ponto de se inventar até o congelamento de seres vivos; quanta intromissão na Natureza já se efetivou em busca de controlar a vida vegetal e animal; enfim, os exemplos são infinitos, a comprovar a ânsia humana por explicações e controle dos fenômenos, isto é, por segurança, em última análise.

E o Direito não escapa desse padrão. Configura verdadeira aberração admitir-se, ainda que em tese, Direito desprovido de segurança jurídica. O mesmo se diga com relação à justiça, conquanto seja cada vez mais comum haver ordenamentos repletos de normas, mas desprovidos de justiça. Eduardo C. Bianca Bittar assim escreve:

Nesse sentido, a superação desse paradigma [positivismo] implica em trazer à consciência o fato de que o direito, quando se afasta da justiça, revela-se, em grande parte, arbítrio, força opressora, puro ato de imposição e, com isso, sem ser balança, oprime pela espada que deve proteger. Tanto é verdade que o direito de Auschwitz, ao ser revelador de uma forma de racionalização do mundo da vida, é pura irracionalidade.⁸⁶

A respeito da afirmação anterior, nas palavras de Patrícia Ferreira Baptista:

A história da evolução do direito é, na sua essência, um espelho da busca do homem por segurança e por justiça. Em alguns momentos, as demandas por mais segurança se alteram sobre as demandas por justiça, noutros foram os reclamos por mais justiça que preponderaram. De todo modo, sempre se reconheceu que a segurança e a justiça são as duas principais necessidades humanas que uma ordem jurídica deve satisfazer.⁸⁷

Ocorre, contudo, que o ordenamento jurídico de um certo povo, em dada época, reflete por óbvio todo esse estado de ânimo social, bem assim o seu desenvolvimento em termos de maturidade das instituições e do senso de justiça. E uma sociedade altamente marcada por inseguranças de toda ordem certamente também estará munida de um ordenamento com iguais traços.

Retome-se aquele exemplo da realidade brasileira atual. Perceba-se o quão próximo se apresenta de uma verdadeira situação de esquizofrenia jurídica: as leis são ruins em qualidade, e são elaboradas em quantidade e tipologia assustadoras. São pouquíssimo

⁸⁶ BITTAR, Eduardo C. Bianca. Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática. Reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco: Edifício, 2008, Ano 08, nº 01, p. 115.

⁸⁷ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 7.

acessíveis e de difícil compreensão até mesmo para os profissionais habilitados da respectiva área técnica.

Isso tudo, por óbvio, afeta a democracia nos seus valores mais caros, quais sejam, a igualdade e a legalidade, afinal a solução dos conflitos com base nos diplomas normativos não se faz possível de um modo minimamente seguro. O Direito perde, assim, sua razão de existir, e a tarefa de solucionar conflitos em sociedade se torna árdua, inglória e incerta.

A afronta à igualdade nesse contexto se dá, vale explicitar, na medida em que são as leis genéricas e ambíguas que permitem favorecimentos de grupos organizados, em detrimento dos demais atores sociais. Em ambientes de confusão jurídica não há como imperar a segurança jurídica.

Não param aí, contudo, as implicações da ausência de segurança jurídica. O âmbito econômico do país também sente reflexos derivados da estabilidade jurídica do sistema. No dizer de José Adércio Leite Sampaio:

As pessoas tendem a mais contratar, a arriscar, a empreender em cenários de estabilidade institucional e jurídica – que se não forem sinônimas, são irmãs univitelinas. “As expectativas”, escrevem Sidak e Spulber, “determinam decisões e ações no mercado econômico”. É exatamente em um ambiente de previsibilidade dos efeitos jurídicos dos negócios em que tais decisões apresentam o menos custo e maior incentivo, ampliando o nível de eficiência econômica e social. Desconfiança, em síntese, não rima com investimento.⁸⁸

O que vai ser exposto a seguir, a título de noção do que seja segurança jurídica, só pode ser entendido nesse terreno introdutório aqui delineado. Tal noção pressupõe saber, assim, que o tema da segurança jurídica guarda íntima relação com os contornos do Estado de Direito (imediatamente), bem assim com um contexto social e psicológico mais amplo (mediatamente), ligado à própria natureza humana, carente que é de previsibilidade e estabilidade para conformar seu agir ao Direito, e com implicações econômicas importantes.

⁸⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 289.

1.3.2. Noção de segurança jurídica

Não é fácil precisar nem mesmo a noção de “segurança jurídica”, apesar de ser conhecida sua importância nos ordenamentos em geral, pois se trata de termo polissêmico, que admite configuração vária, seja quanto à sua natureza, seja quanto ao seu conteúdo.

No que se refere à sua natureza jurídica, com efeito, é comum a utilização do termo ora como princípio de Direito, ora como sobreprincípio de Direito, ora como valor, e ainda como direito fundamental. Mencionem-se, nessa ordem, alguns posicionamentos doutrinários a respeito.

Para Paulo de Barros Carvalho, “*A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio no ordenamento pátrio*”.⁸⁹ E prossegue o autor, em outra passagem:

Agora, há um princípio que sempre estará presente, ali onde houver direito: trata-se do cânone da certeza jurídica, entendido o termo não como garantia de previsibilidade da regulação da conduta (que é uma de suas acepções), mas como algo que se situa nos fundamentos do dever-ser, ínsita que é ao domínio do deontico.⁹⁰

José Souto Maior Borges, de igual sentir, assim se manifestou:

A segurança jurídica pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico-positivo. Antes, inspira as normas que, no âmbito do Direito Positivo, lhe atribuem efetividade.⁹¹

Leandro Paulsen, por sua vez, fixa a natureza da segurança jurídica como princípio constitucional implícito no Brasil: “*Não sendo estabelecido de modo expresso, mas, de qualquer modo, revelando-se no texto constitucional, o princípio da segurança jurídica se apresenta como princípio constitucional implícito na CRFB.*”⁹²

Na Constituição espanhola, em seu artigo 9.º, 3, a segurança jurídica aparece como princípio expresso, vazado nestes termos:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la

⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. A segurança jurídica em Direito Tributário, in **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1993, n.º 61, p. 86.

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. A segurança jurídica em Direito Tributário, in **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1993, n.º 61, p. 87.

⁹¹ BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo, in **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1994, n.º 63, p. 206.

⁹² PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 30.

seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.⁹³

Ingo Wolfgang Sarlet afirma se tratar de princípio não apenas da ordem interna, mas também da ordem jurídica internacional:

(...) a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.⁹⁴

Contrariado com a postura doutrinária que nega o caráter de valor à segurança jurídica, Osmar Mendes Paixão Côrtes assim se pronuncia:

Ousamos discordar, entendendo ser a segurança um valor que, ao lado da justiça, deve inspirar e permear os sistemas e ordenamentos jurídicos, e não apenas uma qualidade. (...) A segurança é um valor que é estampado e refletido em normas, princípios e regras, como os da segurança jurídica. E ela não é valor apenas da ciência processual, mas do direito em geral.⁹⁵

Luis Roberto Barroso expõe a natureza da segurança jurídica, por sua vez, como um direito fundamental. Em suas palavras:

O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a segurança jurídica – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. (...)

Consagrada no art. 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um *direito natural e imprescritível*, a segurança encontra-se positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do *caput* do art. 5.º⁹⁶

Também Hugo de Brito Machado afirma a segurança jurídica como um direito fundamental, com o seguinte argumento:

A importância da segurança jurídica como direito fundamental é de tal ordem que mesmo certos atos praticados com fundamento em lei depois

⁹³ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es>. Acesso em 04 de novembro de 2009.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.ª edição, 1.ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 90.

⁹⁵ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.ª edição, 1.ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139.

declarada inconstitucional devem ser preservados se já cobertos pela coisa julgada.⁹⁷

Seja como for, exerce a segurança jurídica idêntica importância sistêmica, tanto numa como noutras formulações. Exatamente nesse sentido vem a seguinte observação de Leandro Paulsen:

Estando os princípios, expressos ou implícitos, embasados no próprio ordenamento jurídico positivo, constituem normas jurídicas integrantes do ordenamento e plenamente válidas, gozando, inclusive, da mesma eficácia, não havendo que se perquirir acerca de qualquer distinção no grau de imperatividade de princípios implícitos relativamente aos expressos.⁹⁸

Como se poderá notar no tópico seguinte, o conteúdo semântico do termo “segurança jurídica” é de fato bastante variado. Conquanto haja inúmeras possibilidades conceituais, nesse primeiro passo ao menos deve ser fixada uma noção geral de segurança jurídica, de modo a se concluir tratar de algo presente onde haja Direito, e que permite aos atores sociais saber como pautar suas condutas na vida em sociedade e como serão resolvidos eventuais conflitos de interesses, assegurada uma certa estabilidade e manutenção das soluções definitivamente efetivadas.

Vejam-se, pois, com mais vagar estas possibilidades conceituais, cujo conteúdo permitirá tratar do objeto central desse trabalho, ao depois, com terminologia mais precisa.

1.3.3. Conteúdo e acepções do termo “segurança jurídica”

Quanto ao conteúdo, a expressão “segurança jurídica” comporta também inúmeros aspectos. Os textos que tratam disso ora se referem a “aspectos” da segurança jurídica, ora a dimensões, formas de concreção, idéias, acepções, planos, conteúdos, vetores etc., sempre com a significação de “conteúdo”.

Com efeito, pode ser entendida a expressão segurança jurídica, entre outros conteúdos, ou como certeza do direito⁹⁹, ou como intangibilidade das posições jurídicas

⁹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da segurança jurídica e a identidade da lei complementar, *in* **Tributação e direitos fundamentais – propostas de efetividade**. Coordenadora: Melissa Folmann. Curitiba: Juruá, 2006, p. 134.

⁹⁸ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 31-32.

⁹⁹ Sobre a “certeza do direito”, confirmam-se em italiano os seguintes artigos:

BERTEA, Stefano. *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo*. Disponível em: <http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Bertea_new.doc>. Acesso em 01.out.2008.

consolidadas nas decisões judiciais, ou ainda como estabilidade das situações jurídicas, ou confiança quanto à situação dos indivíduos (dimensão da expectativa).

Alinham-se alguns trechos doutrinários a respeito desses mencionados conteúdos.

Luis Roberto Barroso menciona cinco idéias acerca do que significa “segurança jurídica”:

No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem: 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.¹⁰⁰

Também em número de cinco são os conteúdos mencionados por Leandro Paulsen, que em seu livro, ao depois, os pormenoriza no âmbito geral, e em especial quanto ao Direito Tributário:

Vislumbramos, assim, cinco conteúdos do princípio da segurança jurídica: 1) *certeza* do direito; 2) *intangibilidade* das posições jurídicas; 3) *estabilidade* das situações jurídicas; 4) *confiança* no tráfego jurídico; 5) *tutela* jurisdicional.

Todos esses conteúdos, por certo, são complementares entre si e mantêm implicações mútuas.¹⁰¹

Patrícia Ferreira Baptista apresenta o seguinte arranjo à expressão segurança jurídica, com suporte em Anne-Laure Valembois:

Uma das sistematizações propostas condensa o conteúdo da segurança jurídica nas exigências de acessibilidade, previsibilidade e estabilidade do direito. Sob essa perspectiva, o princípio da segurança jurídica pode ser

FARALLI, Carla. *La certezza del diritto nell'età della decodificazione*. Disponível em: <http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/sezioneii/parteeiii/3.3/faralli_new.doc>. Acesso em: 01.out.2008.

¹⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.ª edição, 1.ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139-140.

¹⁰¹ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 51-52.

definido pelo objetivo de assegurar a acessibilidade, a previsibilidade e a estabilidade tanto da produção como da aplicação do direito.¹⁰²

Celso Antonio Bandeira de Mello faz menção ao termo segurança jurídica como garantia de previsibilidade; a segurança como um vetor a iluminar a produção normativa do ordenamento jurídico¹⁰³.

Seja qual for o conteúdo considerado, é certo, porém, que a segurança jurídica, como já se falou no tópico anterior superficialmente, deflui do Estado de Direito.¹⁰⁴ Roque Antonio Carrazza assim se pronuncia:

O princípio da segurança jurídica hospeda-se nas dobras do Estado Democrático de Direito, consagrado já no art. 1.º da Constituição Federal, e visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais, capazes de frustrar a confiança que as pessoas depositam nas normas jurídicas em vigor.¹⁰⁵

No mesmo sentido são as palavras de Leandro Paulsen, para quem a segurança jurídica também deflui do Estado de Direito:

O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente do Estado de Direito, tendo em conta o resguardo que este implica à esfera individual no sentido de garantir o reconhecimento de qual seja o direito válido, de proteger a liberdade, de imunizar contra a arbitrariedade e de assegurar o acesso ao Judiciário, dentre tantos outros direitos e garantias já arrolados.¹⁰⁶

Por se tratar, pois, de decorrência, impõe-se no contexto do Estado de Direito que o respeito à segurança jurídica se faça absoluto, assim na atividade do legislador como nas esferas administrativa e judicial.

É que a função primeira do Estado reside exatamente em velar pela concretização dos valores que lhe são mais caros, como modo de manter sua própria existência. Mostra-se irrita e inadmissível qualquer postura estatal que contrarie esse desiderato.

¹⁰² BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 46.

¹⁰³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104.

¹⁰⁴ Há, vale notar, algo que beira à unanimidade dentre os doutrinadores que tratam do assunto, acerca dessa consideração de a segurança jurídica ser algo ínsito ao Estado de Direito.

¹⁰⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, *in* **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 41.

¹⁰⁶ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 39.

A partir destes conteúdos, impõe-se descrever algumas acepções do termo segurança jurídica.

1.3.3.1. Segurança jurídica subjetiva e objetiva

As acepções “segurança jurídica subjetiva” e “segurança jurídica objetiva” derivam de um foco específico de análise do instituto. A rigor, trata-se do mesmo objeto; o que se altera, porém, é o ângulo a partir do qual é analisado.

Leandro Paulsen examina essa questão:

Verifica-se, mediante a análise de tais abordagens, que variam conforme a perspectiva, seja objetiva ou subjetiva, estática ou dinâmica. Isso porque o foco pode estar no ordenamento, nos atos e fatos jurídicos, nas pretensões subjetivas das pessoas e até mesmo nas instituições. Têm em consideração o conhecimento do Direito aplicável, de um lado, a proteção dos direitos de que as pessoas são titulares, de outro, e, ainda, a confiança quanto à situação do indivíduo no tráfego jurídico ou mesmo a controlabilidade.¹⁰⁷

Patrícia Ferreira Baptista assim aborda os mesmos termos, com apoio em doutrina espanhola da lavra de Antonio-Henrique Pérez Luño:

(...) Segurança jurídica objetiva seria aquela que se refere “à regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico através de suas normas e instituições”. Já a segurança jurídica subjetiva se referiria ao sentimento de certeza do direito despertado nos cidadãos pelo ordenamento.¹⁰⁸

Caso o foco, portanto, incida sobre o ordenamento, sobre os atos ou fatos jurídicos, ou sobre as instituições estatais, tem-se o contexto objetivo relativo ao termo. Segurança jurídica subjetiva, de outro lado, é a que deriva de abordagens cujo foco recai sobre os sujeitos de direito.

¹⁰⁷ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 52.

¹⁰⁸ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 47.

1.3.3.2. Segurança jurídica como certeza e verdade

Humberto Mendrano identifica sinonímia entre segurança jurídica e certeza: “*La seguridad jurídica es sinonimo de certeza. En el Estado de derecho se realiza cuando se observan los principios jurídicos que impiden la arbitrariedad.*”¹⁰⁹

Por outro lado, Carlos Aurélio Mota Souza aponta diferenças significativas entre ambos os termos. Vejam-se suas explicações:

Qual a diferença entre Segurança Jurídica e Certeza do Direito?

Nas várias doutrinas há uma mescla no significado dessas expressões: quando falam segurança, querem dizer certeza, quando falam certeza, como *certezza del diritto*, entre os italianos, dizem também segurança. Por questões metodológicas, impõe-se separar estes conceitos, para classificar seus dois sentidos.

Segurança é *Fato*, é o direito como *factum* visível, concreto, que se vê, como a pista de uma rodovia em que se transita, que dá firmeza ao caminhante, para que não se perca nem saia dos limites traçados pela Autoridade competente (...) ¹¹⁰.

E prossegue o mesmo autor, para concluir que:

A segurança vem das leis firmes que o Estado promulga para o bem dos cidadãos e da sociedade; e certeza do sujeito advém do conhecimento dessas leis, da valoração de seu conteúdo. (...) A segurança se traduz objetivamente (Direito objetivo *a priori*), através das normas e instituições do sistema jurídico (...) certeza do direito (como um *posterius*) se forma intelectivamente nos destinatários destas normas e instituições (...) ¹¹¹

Note-se, nesse passo, que ambos os conceitos se entrelaçam, em vias de complementaridade. Não há contradição nesse vínculo. Não cabe falar-se em certeza do direito sem prévia existência de segurança da ordem jurídica; de igual modo, a recíproca é válida e verdadeira.

A certeza também se relaciona com a aceitabilidade social das decisões judiciais, a impor que estas reflitam a previsibilidade que o Direito deve fornecer acerca do regramento das condutas. Marcia Regina Lusa Cadore assim se pronuncia a respeito:

¹⁰⁹ MENDRANO, Humberto. *El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo*, in **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1993, n.º 62, p. 155-156.

Tradução livre do autor: “A segurança jurídica é sinônimo de certeza. No Estado de Direito se realiza quando observados os princípios jurídicos que impedem o arbítrio.”

¹¹⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p. 25.

¹¹¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p. 27.

A aceitabilidade social de uma decisão judicial está ligada às expectativas que a sociedade detém relativamente à interpretação que será adotada. Os homens têm necessidade de saber como serão qualificadas suas condutas e, ainda, os resultados dela advindos. A certeza, enquanto previsibilidade das conseqüências das ações humanas, configura-se instrumento indispensável para promover a pacificação social.¹¹²

Exposto isso, cumpre tratar da relação entre os termos segurança jurídica, certeza e verdade. Impossível tratar de “verdade” sem o apoio da Filosofia. É nessa seara que o tema recebe o tratamento adequado, com investigações profundas que lhe exploram todos os aspectos.

Marilena Chauí, ao tratar das três concepções da verdade, assim resume a questão, após mencionar que o problema da verdade pode estar ligado a três ordens de ocorrências, quais sejam, a) ao ver, ao perceber; b) ao dizer, ao falar, às palavras; ou c) ao crer, ao acreditar:

Para a atitude natural ou dogmática, o verdadeiro é o que funciona e não surpreende. É – como vimos – o já sabido, o já dito e o já feito. Verdade e realidade parecem ser idênticas e quando essa identidade se desfaz ou se quebra, surge a incerteza que busca readquirir certezas.

Para a atitude crítica ou filosófica, a verdade nasce da decisão e da deliberação de encontrá-la, da consciência da ignorância, do espanto, da admiração e do desejo de saber. Nessa busca, a Filosofia é herdeira de três grandes acepções da verdade: a do ver-perceber, a do falar-dizer e a do crer-confiar.¹¹³

Com o perdão da simplificação de um tema tão complexo, importa assentar, nessa primeira acepção, que verdade é a conformação entre a idéia e as coisas, ou entre relato e fato, sob dependência de uma vontade que deseja alcançar o plano do verdadeiro.

A segunda acepção se relaciona com a perspectiva idealista sobre verdade. Nas palavras da mesma autora:

Na perspectiva idealista, seja ela kantiana ou husserliana, não podemos mais dizer que a verdade é a conformidade do pensamento com as coisas ou a correspondência entre a idéia e o objeto. A verdade será o encadeamento interno e rigoroso das idéias ou dos conceitos (Kant) ou das significações (Husserl), sua coerência lógica e sua necessidade. A verdade é um acontecimento interno ao nosso intelecto ou à nossa consciência.¹¹⁴

¹¹² CADORE, Marcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21.

¹¹³ CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12.^a edição. São Paulo: Ática, 1999, p.98.

¹¹⁴ CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12.^a edição. São Paulo: Ática, 1999, p. 104.

Por fim, a concepção pragmática da verdade a tem como algo inalcançável pelos seres humanos, ou que sequer existe, para alguns. Marilena Chauí assim explica:

Para muitos filósofos empiristas, a verdade, além de ser sempre verdade de fato e de ser obtida por indução e por experimentação, deve ter como critério sua eficácia ou utilidade. Um conhecimento é verdadeiro não só quando explica alguma coisa ou algum fato, mas sobretudo quando permite retirar conseqüências práticas e aplicáveis.¹¹⁵

Detalhados estes pormenores acerca do termo verdade, faz-se possível tratar da aludida relação face à segurança jurídica e certeza. Inexiste dúvida acerca da missão do Direito de assegurar o exercício dos direitos na vida em sociedade, e isso é feito com um sem-número de regramentos, informados por valores supremos como a segurança, a liberdade, a justiça etc. O preâmbulo da Constituição é bem ilustrativo a respeito.

Anna Candida da Cunha Ferraz traz a seguinte afirmação acerca do preâmbulo:

É certo que o preâmbulo das constituições, no ordenamento constitucional brasileiro, que traduz os fundamentos axiológicos que inspiraram o constituinte a erguer o edifício estrutural constitucional, não tem, usualmente, força normativa ou eficácia jurídica pelo que não serve de parâmetro de constitucionalidade (...). Provindo, porém, do mesmo Poder que elabora a Constituição, serve, não obstante, de elemento histórico-axiológico para a compreensão e a hermenêutica das normas constitucionais, estas, sim, dotadas de densidade normativa, ainda que de diferentes graus.¹¹⁶

Nesse contexto, faz-se imprescindível que o Direito ofereça o máximo possível em termos de condições estáveis, a ponto de a certeza e a confiança nele geradas assumirem a condição que se pode equiparar à verdade. As relações sociais que se pautam no Direito, nesse instante, terão a marca da segurança. Apesar, porém, de não imutável o Direito, haveria segurança aí também, no tráfego e na produção jurídicos.

Aquela mesma conformação (entre idéia e coisas, ou entre relato e fatos) mencionada linhas atrás na primeira concepção de verdade, é exatamente o que se almeja no plano da relação entre Direito e certeza. No instante em que esta relação não ocorre com tal força, há espaço para se aludir à indesejável insegurança jurídica.

¹¹⁵ CHAÚÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12.^a edição. São Paulo: Ática, 1999, p. 105.

¹¹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, *in* **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2009, p. 124.

1.3.3.3. Segurança jurídica e justiça

Já se mencionou linhas atrás algo a respeito dos dois anseios humanos a se realizarem por intermédio do Direito: a justiça e a segurança.¹¹⁷

Comumente, ambos caminham paripasso, mormente quando se pressupõe a ótica formalista do Direito, com base na qual justo é o que o Direito assim afirma que é. Por todos, confira-se a seguinte passagem de Hans Kelsen:

Com efeito, a questão de saber por que é que uma determinada decisão é justa é levantada pela necessidade de justificar essa decisão, de fundamentar a validade da norma individual por ela posta. E tal justificação ou fundamentação de validade não é possível senão pela demonstração de que a norma individual corresponde a uma norma geral superior pressuposta como justa.¹¹⁸

Em outra obra, este mesmo autor acentua:

Como ainda permanece a possibilidade de que algo positivamente lícito possa, a partir de algum outro ponto de vista, ser errado ou injusto, a “retidão” ou “justiça” incorporada à idéia de Direito positivo só pode ser um termo relativo. Ser relativo significa, aqui, que um curso de conduta prescrito por uma norma jurídica é considerado o conteúdo desse “dever ser” e, conseqüentemente, “reto” ou “justo” apenas com base numa pressuposição cuja “retidão” e “justiça” não foram verificadas. Nesse sentido, todo conteúdo jurídico material, se for Direito positivo, deve ser tomado como “reto” e “justo”.¹¹⁹

Tome-se, porém, o termo justiça com outra significação, exceto esta já mencionada. É que, considerar como justo tudo o que o Direito assim afirmar ser, pode ensejar aberrações, como já se percebeu há décadas, com o exemplo do regime da Alemanha nazista, em que todo o atuar daquele Estado-assassino estava pautado em legalidade.

Norberto Bobbio se refere à “*concepção cética ou realista da justiça*”, quando explica que, nesse sentido, “*a justiça é a expressão da vontade do mais forte, que procura o seu próprio proveito*”. Em suas palavras: “*Se identificarmos a justiça com a vontade do mais forte, dado que a lei é por definição a expressão da vontade do soberano, isto é, do indivíduo (ou do grupo) mais poderoso na sociedade, somos obrigados a dizer que a lei é sempre justa*”.¹²⁰

¹¹⁷ Vide nota de rodapé n.º 87, para maiores detalhes.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 281.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 384.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 227.

Com base em outras acepções de justiça, percebe-se nítido reflexo dessas idéias do que é justo na busca por segurança jurídica. Há por vezes uma simbiose entre segurança e justiça no mesmo fenômeno.

Vejam-se alguns apontamentos acerca disso nas palavras de Patrícia Ferreira Baptista:

Ainda mais adiante, a compreensão de que o direito constitui não apenas um conjunto de regras positivas, mas também uma ordem de valores e princípios, alterou substancialmente o panorama das relações segurança jurídica – justiça. Hoje, admite-se que entre esses dois valores há uma relação dialética, de condicionamento mútuo. Assim, a segurança jurídica não briga mais com a justiça, antes a reclama e vice-versa. Não há segurança jurídica “se o ordenamento que subjaz a ela é injusto”, da mesma forma que não pode haver justiça onde falta segurança jurídica.¹²¹

Osmar Mendes Paixão Côrtes afirma que “*A justiça é idéia específica do direito, que tem esse valor como objetivo constante. Mas a própria definição de justiça não é pacífica, muito pelo contrário. (...)*”¹²²

Chaïm Perelman traz a seguinte síntese acerca dos conceitos de justiça:

É ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça. Vamos dar, porém, alguns exemplos deles, que constituem as concepções mais correntes da justiça, cujo caráter inconciliável veremos imediatamente: 1. A cada qual a mesma coisa. 2. A cada qual segundo seus méritos. 3. A cada qual segundo suas obras. 4. A cada qual segundo suas necessidades. 5. A cada qual segundo sua posição. 6. A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.¹²³

Seja qual for, porém, a concepção de justiça que se considere, é certo que apenas resta determinada a forma do que é o justo, ou jurídico. O conteúdo em si não é fornecido por quaisquer dessas concepções. Admite-se comumente que é justo tratar iguais igualmente, e de modo diferente os desiguais, na proporção da respectiva desigualdade. Como, porém, efetivar tal tratamento, é a pergunta que fica sem esclarecimento, a princípio, e a resposta poderá oscilar conforme as infinitas vontades individuais a que se puder alcançar.

¹²¹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.** Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 24.

¹²² CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica.** São Paulo: RT, 2008, p. 19.

¹²³ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 7.

O direito, em algum momento, se preenche de tal conteúdo, com a assunção de uma dada postura, e lhe confere ares de positividade, para tornar possível a união entre os valores justiça e segurança jurídica.

Gustav Radbruch assim trata do tema:

Se não é possível fixar e estabelecer aquilo que é justo, deve ao menos ser possível estabelecer aquilo que é justo, deve ao menos ser possível estabelecer aquilo que ficará sendo o direito, e isso deve estabelecê-lo uma autoridade que se ache em condições de poder impor a observância daquilo que precisamente foi estabelecido. A positividade do direito vem assim a ser, ela própria, um pressuposto da sua certeza.¹²⁴

Deste modo se relacionam, portanto, segurança jurídica e justiça. No mecanismo de funcionamento do direito, em busca da paz social que se almeja ao regular a vida em sociedade, alcança-se a segurança jurídica ao se estabelecer aquilo que será o direito, ainda que nessa escolha o Estado não seja bem sucedido, em termos de justiça.

Em outras palavras, a segurança jurídica independe, a rigor, da presença do elemento justiça, conquanto seja desejável que coexistam ambos no mesmo contexto. Havendo segurança, por certo, restam afastadas a arbitrariedade e a desordem, as quais certamente implicariam injustiça.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, nesse sentido, afirma que “*o que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida.*”¹²⁵

Para arrematar, cumpre apontar que podem ambos (justiça e segurança) até mesmo entrar em choque em dada situação. Nessa hipótese vai haver o que se denomina de colisão de princípios ou de valores, a exigir ponderação a respeito de qual é o valor supremo, caso não possam os dois permanecer efetivos.¹²⁶

¹²⁴ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**, apud Osmar Mendes Paixão Côrtes. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008, p. 23.

¹²⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.ª edição, 1.ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168.

¹²⁶ Consulte-se sobre o tema da ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade:

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, p.1-24.

1.3.3.4. Segurança jurídica como princípio constitucional

Patrícia Ferreira Baptista traz a notícia de que a precedência na afirmação do princípio da segurança jurídica se deve ao direito constitucional alemão, sob a forma já mencionada linhas atrás de elemento essencial do Estado de Direito.

Em seguida, teria sido recolhido pelo ordenamento da União Européia, e daí se espreado aos sistemas nacionais europeus. Vejam-se suas palavras: “*A partir do direito alemão, o princípio da segurança jurídica foi recolhido pelo direito comunitário europeu. (...)*”.¹²⁷ E assim prossegue, mais adiante:

A acolhida do princípio da segurança jurídica pela jurisprudência dos tribunais da União Européia contribuiu significativamente para a difusão desse princípio em outros ordenamentos nacionais europeus. É da essência do direito comunitário, com efeito, que ele extraia das ordens jurídicas nacionais determinados conteúdos jurídicos – como no caso do princípio da segurança jurídica, retirado do direito alemão – os quais, depois de assimilados pela jurisprudência comunitária, se projetam novamente sobre os direitos nacionais, muitas vezes dotados de novas significações. (...) ¹²⁸

A mesma Autora aponta, aliás, duas curiosidades acerca disso. No exemplo já colacionado anteriormente da Constituição espanhola¹²⁹, lembre-se, tal princípio aparece de modo expresso, ao lado aliás de diversas de suas concretizações (irretroatividade, interdição de arbitrariedade, entre outras):

Não obstante, é preciso destacar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol tem negado à segurança jurídica o caráter de direito fundamental para fins de acessibilidade do recurso de amparo. O argumento em que se apóia essa negativa é de caráter estritamente formal, aferrado à literalidade do art. 9.3, que não contém nenhuma menção à natureza de direito fundamental dos princípios ali elencados.¹³⁰

A segunda curiosidade diz com o direito francês, em que se pode perceber uma certa resistência em reconhecer a existência do princípio no ordenamento:

Digna de registro, ainda, é a situação peculiar do direito francês, no que diz respeito ao princípio da segurança jurídica. Na França, sendo

¹²⁷ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.** Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 33.

¹²⁸ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.** Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 35-36.

¹²⁹ Vide referência relativa à nota de rodapé n.º 93.

¹³⁰ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.** Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 37.

igualmente omissivo o texto constitucional, o reconhecimento da existência de um princípio implícito da segurança jurídica encontra enorme resistência na jurisprudência do Conselho Constitucional. (...) Na jurisprudência do Conselho de Estado, igualmente, não há registro de afirmação expressa desse princípio.¹³¹

E arremata a autora, citando frase cunhada por Anne-Laure Valembois, que “*no direito francês, portanto, a segurança jurídica permanece como um princípio clandestino.*”¹³²

Perceba-se o extremo em que Espanha e França tratam de segurança jurídica. Naquele país o assento na Constituição é expresso, dado o relevo do tema. Em França, ao revés, nega-se sua existência.

Em solo pátrio, admite-se à unanimidade o assento constitucional da segurança jurídica. Assim se afirma, não apenas em farta doutrina como também em inúmeros julgados, mormente os do Supremo Tribunal Federal.

Uma pesquisa do termo “segurança jurídica” efetivada no sítio eletrônico do Supremo revela mais de trezentas decisões como resposta, para o mês de outubro de 2009, sendo certo que há cerca de seis anos esse número equivaleria a não mais que quarenta.

No § 1.º do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, o princípio vem referido expressamente; antes disso, porém, já se admitia sua presença seja no artigo 5.º da Carta Maior, seja no preâmbulo, seja nos artigos 1.º a 4.º, enfim, nas “dobras do Estado Democrático de Direito”¹³³.

Seja como for, sua positivação no ordenamento brasileiro é certa, o que lhe confere natureza normativa, com todas implicações daí decorrentes. Uma delas diz com o caráter de direito fundamental da segurança jurídica, apto a ser argüido em juízo em busca de concretização ou respeito, conforme abordagem do tópico seguinte.

Antes de tratar disso, porém, ainda se impõe uma última observação, com relação à menção expressa do termo “segurança jurídica” nas Constituições brasileiras. Conquanto inexistia precedente a apontar, exceto após a alteração trazida via Emenda Constitucional

¹³¹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.** Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 38.

¹³² BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.** Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 38.

¹³³ Expressão cunhada por Roque Antonio Carrazza, conforme citação anteriormente referida em nota de rodapé retro, n.º 105.

n.º 45, de 2004, à Constituição de 1988, nem por isso, porém, se pode dizer que as várias manifestações, ou implicações da segurança jurídica, não constavam dos respectivos ordenamentos. Mencionem-se, para exemplificar, as disposições acerca da irretroatividade das leis¹³⁴.

1.3.3.5. Segurança jurídica como direito fundamental

A primeira referência histórica, comumente apontada, de segurança jurídica como direito fundamental aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789. Seu artigo 2.º foi assim redigido: “*A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.*”¹³⁵

Admitir o assento da segurança jurídica como princípio ou sobreprincípio constitucional pressupõe considerar a existência de um direito subjetivo à segurança jurídica. Com esteio em César García Novoa, Patrícia Ferreira Baptista é de igual sentir:

A positivação da segurança jurídica como princípio constitucional autônomo autoriza a afirmação da existência de um autêntico direito à segurança jurídica. Conforme acima se adiantou, por sua natureza normativa, os princípios constitucionais, ainda que implícitos, possuem eficácia jurídica. Por isso, a despeito da grande abstração *a priori* de seu conteúdo, é possível cogitar da existência de um direito subjetivo à segurança jurídica, com aptidão para ser argüido judicialmente.¹³⁶

A partir dessa consideração, infere-se que, acerca de sua eficácia (aqui entendido o termo como possibilidade de incidência para regular diretamente relações jurídicas), a aplicabilidade do direito fundamental à segurança jurídica é do tipo direta e imediata, conquanto se trate de algo com elevado grau de abstração e com variado conteúdo normativo.

Sobejam os julgados emanados do Supremo Tribunal Federal em que a segurança jurídica se aplica autonomamente. O mais comum, porém, vale notar, é que sua utilização se faça avizinhada por outros fundamentos, ainda que se trate de concretizações da própria

¹³⁴ Aliás, o dispositivo relativo à irretroatividade, à exceção da Carta de 1937, constou de todas as demais Constituições.

¹³⁵ Tradução da Declaração na íntegra pode ser consultada em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o>.

¹³⁶ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.** Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 40.

segurança jurídica. É que, como já se viu anteriormente, o termo “segurança jurídica” ostenta plurissignificações.

Por outro lado, a caracterização da segurança jurídica como direito fundamental ainda traz mais uma implicação importante¹³⁷, mormente quando se trata de um Estado de Direito fortemente comprometido com o respeito à dignidade da pessoa humana, como o brasileiro. Trata-se da manutenção das conquistas sociais quanto aos direitos fundamentais, ou como se costumou denominar, proibição do retrocesso.

Ingo Wolfgang Sarlet trata desse tema:

Muito embora o direito à segurança jurídica (que abrange um determinado nível de proteção da confiança das pessoas na estabilidade das suas posições jurídicas) seja mais amplo que o instituto da proibição do retrocesso no sentido aqui desenvolvido, já que abrange as figuras dos direitos adquiridos e outros institutos no âmbito dos limites da retroatividade dos atos do Poder Público, não há como desconsiderar que a garantia da manutenção de um nível mínimo de proteção social – no âmbito de um direito à [sic] uma existência condigna – importa também em um correspondente padrão mínimo de segurança jurídica nesta esfera, já que as pessoas poderão – ou pelo menos deveriam poder estar em condições para tanto – confiar (e aqui a presença inquestionável de um elemento de proteção da confiança e de segurança jurídica) na manutenção de tais condições básicas de vida, especialmente no contexto de um Estado democrático de Direito inequivocamente comprometido com realização da justiça social.¹³⁸

A título de arremate, conclui assim o mesmo autor, sobre a manutenção das conquistas sociais quanto aos direitos fundamentais:

Em síntese, cremos ter conseguido demonstrar a estreita ligação entre o problema da proibição de retrocesso social e o direito à segurança jurídica, evidenciando o quanto a otimização da eficácia e efetividade deste direito e princípio fundamental reclama (também) uma certa proteção contra medidas do Poder Público que venham a aniquilar ou reduzir de modo desproporcional e/ou ofensivo à dignidade da pessoa (já que as duas situações nem sempre são coincidentes) os níveis já concretizados de proteção social.¹³⁹

¹³⁷ A par de outras, já mencionadas no tópico 1.1.3 deste trabalho.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 127.

Assim, tem-se a configuração da segurança jurídica como direito fundamental no ordenamento brasileiro, do que se extraem conseqüências de elevada importância no contexto do Estado de Direito, como se pode notar.

1.3.4. Segurança do direito, segurança no direito e segurança pelo direito

Expôs-se, no capítulo introdutório desta dissertação, a configuração do Estado de Direito. Ainda que brevemente, restou indicada a marca nele impregnada de ser um Estado voltado ao seu elemento humano, a par das outras características.

Sendo assim, pode-se dizer que esta estrutura estatal tem por destino garantir a segurança das relações sociais, e nisso se intrometem alguns detalhes, dentre os quais o de que foi o Direito, expresso em leis, o mecanismo eleito como fonte de segurança (legalidade, constitucionalidade), a ponto de sujeitar o próprio Estado à sua submissão.

Ao se tratar desses pontos, em outras palavras, tem-se a roupagem da segurança jurídica pelo direito, ou por meio do direito. É o que se pode chamar de ideal liberal da segurança jurídica, fortemente presente nas Revoluções do século XVIII.

Percebeu-se, anos após, que o Direito em si não constituía fonte perfeita de segurança. Ao revés, seu uso pode ensejar exatamente o inverso disso. Buscou-se, então, alcançar uma realidade em que o Direito em si pudesse apresentar contornos internos de segurança, de modo a funcionar como instrumental a conferir segurança no Estado.

Nesse aspecto, tem-se a abordagem da “segurança do direito”, conforme tratado por Patrícia Ferreira Baptista, que assim a menciona:

Hoje, para que o direito possa constituir fonte de segurança para a sociedade é preciso, antes, tratar de garantir a segurança do próprio direito, já que nele reside boa parte dos riscos à segurança jurídica. Como destaca Arthur Kaufmann, “apenas existe segurança através do direito, quando o próprio direito é seguro”. Entra em cena aqui a necessidade de *segurança do direito*.¹⁴⁰

Aqui importa aludir que se embutem preocupações com a estabilidade, acessibilidade e previsibilidade de normas e decisões judiciais, tudo a movimentar o sistema no caminho em que a criação normativa seja suficientemente clara, tornada pública,

¹⁴⁰ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 20.

prospectiva, inteligível, livre de contradições, constante ao longo do tempo e objeto de aplicação tal como formulada.

Por fim, tem-se a “segurança no direito”, ou mais precisamente segurança jurídica na formulação e na aplicação do direito, aspectos estes pertinentes à estrutura e funcionalidade do ordenamento.

Não há segurança jurídica sob a ótica estrutural do sistema sem que se pressuponha sua positividade, ao menos para que se garanta que a produção normativa vai ocorrer conforme as regras previamente estipuladas para tanto. Em outras palavras, não há segurança jurídica caso se desatenda ao devido processo legislativo.

A par disso, o conjunto de regras desse jaez deve estar previamente posto no sistema, com ares de publicidade, para que possa informar adequadamente os respectivos destinatários, e assim tornar possível que balizem suas condutas intersubjetivas conforme ou não ao direito.

Ainda há mais significação do termo “segurança no direito”, como se pode perceber na seguinte passagem de Patrícia Ferreira Baptista:

Por fim, a norma estatuída deve ter pretensões de definitividade, estabilidade e plenitude. Alterações normativas injustificadas e excessivas afrontam a exigência de estabilidade do direito e, por essa razão, atentam contra a segurança jurídica. A garantia da plenitude, por sua vez, repudia os vazios, as insuficiências e os excessos normativos. Logo, a norma jurídica deve ser o mais precisa possível, relativamente à descrição dos pressupostos de fato e das conseqüências jurídicas que da sua aplicação advirão. Nesse contexto se encerra o requisito da tipicidade normativa. Para atender à tipicidade, as normas não devem ser excessivamente genéricas, mas também não precisam descer à pormenorização extrema.¹⁴¹

No que tange à aplicação do direito, assim tratou esta autora:

A segurança na aplicação do direito, por sua vez, materializa-se na interdição do arbítrio, na exigência de racionalidade e na vinculação à lei e ao direito. Porém, mais do que tudo, a aplicação segura do direito demanda uma interpretação segura do direito. (...) ¹⁴²

Atendidos todos esses detalhes, pode-se dizer, quanto à estrutura e à aplicação do direito, que se faz presente a segurança jurídica no direito.

¹⁴¹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 49.

¹⁴² BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 49.

Por fim, cumpre tecer ainda uma observação final, em sede de justificativa do presente subitem. Não se trata exatamente de acepções diversas do termo segurança jurídica, tanto que deslocados do item pertinente. As três abordagens ora expostas aglutinam alguns daqueles conteúdos referidos nos tópicos antecedentes a este, e aqui foram reunidas em subitem separado por razões de conveniência, em busca de melhor apresentação do tema.

1.3.5. Segurança e insegurança jurídica no “direito primitivo”

Aqui chegados e vistos todos esses contornos acerca do que seja segurança jurídica, convém dizer algo sobre o mesmo tema por outros ângulos de visão. Assim, e sempre com o escopo de subsidiar o tratamento do objeto central desse trabalho, vejam-se algumas idéias sobre a possível origem da segurança jurídica, no momento mais remoto que se possa imaginar.

Isso se faz necessário, cumpre dizer, não apenas para se alcançar um melhor entendimento sobre o tema, mas também porque, por vezes, nota-se um mal uso do instituto sob exame. Há fundamentações de decisões judiciais que chegam ao ponto de se valer de razões de segurança quando, em verdade, configuram inegável contradição a quaisquer das acepções ou sentidos possíveis do termo.¹⁴³

Deste modo, importa investigar algo sobre o nascedouro mais primitivo da segurança jurídica, e aqui devem ser solicitadas vênias pelo teor especulativo do texto, a princípio impróprio em trabalhos desse jaez, mas que aqui apresenta ao menos uma utilidade didática.

Em sede de pura especulação, repita-se, passível de todas as críticas ante a impossibilidade de demonstração do que se segue, seria possível afirmar que a necessidade humana de se ver permeada de segurança jurídica antecede mesmo à necessidade da própria existência do Direito, entendido como mecanismo social de regulação das relações intersubjetivas.

¹⁴³ Confira-se, a título exemplificativo, o julgado analisado no tópico 2.4.2 deste trabalho.

Em algum momento que se perde no evoluir histórico¹⁴⁴, considere-se que passou a haver o que se entende atualmente por regra de Direito, ou norma para alguns. Antes disso, a vida em grupo não era permeada por regra alguma. Apenas havia acontecimentos, oriundos de seres humanos individual ou socialmente considerados.

Por razões lógicas, o que teria causado a existência desse exato momento, divisor dos dois períodos, guarda alguma relação com conflito diferenciado de interesses entre duas pessoas. Conflitos de interesses possivelmente já teriam ocorrido antes, mas não só por isso surgiram regras. Algo além do mero conflito de interesses causou a necessidade de uma regra para solucionar o que até então se resolvia ao sabor do acaso, seja com base na astúcia de algum dos envolvidos, ou força, ou o que mais se conseguir pensar em termos de seres humanos bastante primitivos.

Suponha-se que seja uma disputa por um dado bem (uma pedra pontiaguda, por exemplo), que gerava o interesse de dois homens pela respectiva posse. Por certo, o mais forte a tomaria do outro, ainda que sob o preço de ceifar a vida alheia, ou mesmo uma incapacidade temporária de caça por fratura de ossos, o que, num momento mais anterior, seria irrelevante, em todos os sentidos.

A necessidade da regra surge quando as conseqüências de disputas como estas passam a ter implicação indesejada pelos demais membros sociais. Pense-se nesta possível morte como algo a prejudicar a vida do grupo, tendo em conta que se tratava de um caçador, por hipótese, que possibilitava a alimentação de muitos outros indivíduos.

Tão antigo quanto o nascimento da própria regra regulatória de conflitos, tem-se a figura de alguém que a faça valer enquanto tal, ainda que seja o próprio envolvido no caso. Não importa, porém, qual o conteúdo de mencionada regra, nem por quem e a que título foi aplicada. O que merece enfoque nesse instante é que algo a fez surgir e gerou a necessidade de ser aplicada.

Esse algo é que se liga ao que está sendo tratado aqui como segurança jurídica. Ora, para que haveria regras senão para que tais regras fossem aplicadas quando configurada a situação nela previstas, e assim evitar as conseqüências sociais danosas que a falta de regra vinha de ocasionar?

¹⁴⁴ Atribua-se a autoria dessa forma de raciocinar ao Professor Antonio Claudio da Costa Machado, que em aulas do curso de Mestrado na UNIFIEO (2008) dela se utilizou como recurso didático para explicar institutos do direito processual.

O fato de haver regramento proibitivo de condutas, como se sabe, prende-se à necessidade de impedir algo que integra normalmente a vontade de alguém para que ocorra. Não se proíbe o que não se verifica, por ordinário. E nessa aludida situação de contenda por certo o desejo de ceifar a vida do opositor configurava fato comum.

Prossiga-se, pois, com o exemplo desse distante passado. Um certo cacique, ou líder mais forte do grupo, percebendo a escassez de seus caçadores, intervém num daqueles conflitos de disputa pela pedra pontiaguda, e com seu clave em mãos impede a morte do(s) envolvido(s). Sua regra pode ter sido a de destruir a pedra, ou entregá-la para quem a possuía, ou tomá-la para si etc.

O certo é que houve aplicação de regra e aquele resultado indesejado não ocorreu. Perfeito o funcionamento; está aí posto o hipotético sistema jurídico mais primitivo que se pode imaginar, dotado de uma regra de conduta derivada de julgamento (destino da pedra), uma regra de competência (diante daquela disputa o líder interviria para resolvê-la), e tudo isso gerado por uma necessidade anterior de evitar resultados danosos ao grupo, em homenagem a segurança social. Nesse sistema há homenagem à segurança jurídica, seja por existir a regra e seu conteúdo ser conhecido (*post factum*, é bem verdade, mas existe e se fez conhecer), seja por se confiar que a regra será aplicada quando a situação conflituosa tal se repetir.

Até esse ponto, a segurança jurídica se entremostra tal como na acepção já exposta referente à segurança pelo direito. Os membros do grupo se submetem à autoridade de decidir daquele que interveio para solucionar o conflito, bem assim ao conteúdo da regra utilizada para tanto.

Daí por diante, a segurança jurídica tornar-se-á ainda mais densa, dado que agregada das notas da anterioridade e positividade do direito. Notas primitivas também, leia-se.

A propósito, convém trazer um certo apoio a essas idéias, o que parece ser possível nas seguintes palavras:

Na escala de valores que devem ser atendidos pelo ordenamento jurídico, com frequência a segurança foi indicada à frente da justiça. Nessa concepção, que hoje se pode chamar de clássica, o direito configurava um instrumento destinado sobretudo a atender aos anseios de segurança da

espécie humana. A segurança aparece, em tal formulação teórica, como a própria razão de ser do direito.¹⁴⁵

Posta, então, a regra, sua primeira utilização já configurou um êxito, e a sua mera existência (ainda que só na lembrança dos envolvidos) permaneceu como fator de homenagem à segurança, afinal suas possíveis concretizações posteriores de certa forma causavam um sentimento de certeza social quanto à não superveniência daquele mal indesejado que se pretendia sempre evitar. Até mesmo já se pode admitir haver o primitivo balizamento de condutas futuras pelo direito.

Aqui já se podem notar resquícios daquilo que se expôs sobre a segurança no direito (estabilidade quanto à aplicação) e segurança do direito (no aspecto da previsibilidade). Repita-se, resquícios, e de um “direito” o mais primitivo possível.

Até mesmo cabe vislumbrar algo acerca da certeza do direito (possibilidade de atuar conforme seus ditames), e a segurança jurídica como valor e como realização de justiça nesse momento objeto do exemplo.

Vale observar de passagem que, ao seguir a linha da evolução desses apontamentos, chegar-se-á exatamente na configuração atual dos sistemas jurídicos.

Aqui chegados, faz-se possível guinar o enfoque, para falar especificamente em insegurança jurídica. O que seria, vale indagar. Tome-se novamente o exemplo desse momento primitivo.

Imagine-se que houve em um único inverno quinze contendias envolvendo a posse de pedra pontiagudas, e em todas elas o chefe da tribo se valeu de sua força para evitar o mal social maior, entregando a pedra ao de maior estatura, como sempre se deu.

Insegurança jurídica nesse contexto ainda não há, mas se faria presente nos seguintes exemplos: a) caso o “juiz”, apesar de presenciar uma das disputas, por alguma razão não interviesse, ainda que aquela consequência danosa à sociedade não surgisse eventualmente; b) caso a solução dada ao conflito se fizesse diferente da prevista na regra existente; em vez de se entregar a pedra àquele de maior estatura, o chefe da tribo a entregou ao menor.

¹⁴⁵ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.** Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 8.

Na hipótese “a”, houve o que chamaríamos de negativa de prestação jurisdicional, mas não apenas isso, afinal também houve a negativa da imposição do Direito posto e vigente. Fulminou-se com a segurança no direito e pelo direito. E ainda que o resultado danoso socialmente não se tenha verificado, não se fazia admissível o risco de sua ocorrência. A própria existência da regra conduz a esse tanto, ou sequer faria sentido a sua criação.

Na hipótese “b”, por sua vez, houve flagrante modificação na regra jurídica regulatória do conflito, o que configura não apenas um desrespeito à confiança na regra anterior, na qual todos se pautavam para conduzir as condutas intersubjetivas, mas também uma mudança que gera imprecisão jurídica com implicações em todo o conjunto de comportamentos, futuros e passados.

As condutas futuras pautar-se-ão, daí por diante, em que regra para que eventualmente estejam em conformidade face ao Direito? Os mais altos, por exemplo, deixarão de causar tais conflitos, afinal não são mais contemplados pela solução do chefe-juiz, ou serão os de menor estatura que motivarão tais ocorrências, dado que a eles será conferida a pedra em disputa?

Quanto às condutas passadas, passa a haver um sentimento de injustiça, tendo em conta que quem ficou sem a pedra, nos julgamentos anteriores, pela regra atual não ficaria, e vice-versa.

Ora, isso tudo num primeiro olhar significa o falecimento da segurança do direito, por absoluta ausência de certeza jurídica a permitir a consolidação do passado jurídico (com ares de justiça praticada) e a permitir a existência do futuro jurídico na regulação das condutas do porvir.

Note-se, nesse instante, que há absoluta razão nas palavras de todos aqueles que enxergam a segurança jurídica como algo de suma importância nos ordenamentos jurídicos. De fato é assim. Se nesse hipotético sistema primitivo a insegurança já causa tantos transtornos, imagine-se-a nos ordenamentos atuais, de complexidade incomparavelmente maior do que a do ora considerado.

Noutro giro, algo deve ser dito acerca da evolução do direito. Ninguém ousaria admitir que as regras não podem mudar. Seria rematado absurdo pensar que segurança jurídica é incompatível com modificações do direito, ou modificações de posições jurisprudenciais consolidadas.

Modificações não implicam insegurança, necessariamente, da mesma forma que eterna manutenção do direito não é sinônimo de homenagem à segurança. O tema, já se pode notar, traz consigo uma certa complexidade que não se coaduna com um raciocínio de causa e efeito, ou exato, matemático. Há algo mais a examinar além da simples constatação de mudanças.

Num primeiro momento, mencionada mudança de regra do juiz primitivo pode sim render ensejo àquelas considerações acerca da insegurança causada. Por outro lado, porém, imagine-se que tivesse havido uma razão bastante plausível para o surgimento daquela nova postura, em prol da própria sociedade, e que isto reflita exatamente os anseios da nova realidade ali vivenciada. E mais, imagine-se que a aplicação do conteúdo da regra anterior estivesse causando prejuízos ao grupo, ou seja, não se trataria de mera evolução de algo que é bom para ficar melhor, mas sim de algo que estava ruim para ficar bom.

Nesse caso, nada que ficou dito acerca da insegurança jurídica tem pertinência concreta; ao contrário, apesar da modificação mencionada na regra aplicada, houve novamente homenagem à segurança jurídica.

Tivesse havido, suponha-se, consenso de maioria dentre os membros do grupo para modificação do direito previamente aos fatos julgados, colocada estaria uma situação em que ainda mais fortemente se falaria em homenagem à segurança. Teria havido aí criação do novo direito pela via legislativa adequada à época, com tom de prospectividade, aliás.

Suponha-se também que as pedras pontiagudas se fizessem mais úteis nas mãos dos mais baixos, porque caçavam com maior eficiência, e em mãos dos altos fossem inúteis, já que suas atribuições no grupo eram outras, que prescindiam de tal objeto. Isso faria com que o direito novo refletisse o anseio do grupo, o que não estava sendo atendido pela regra anterior.

Enfim, ambas as possibilidades, *a priori*, se fazem presentes, diante de caso de modificações do direito ou posições consolidadas de jurisprudência; as especificidades da situação considerada, porém, é que vão permitir concluir sobre se houve ou não respeito à segurança jurídica, observada toda sua diversidade de conteúdo semântico.

Mencione-se a seguinte passagem de Ricardo Lodi Ribeiro, ao cuidar da evolução jurisprudencial:

Por outro lado, o princípio da proteção da confiança legítima não pode impedir que a jurisprudência dos Tribunais evolua de acordo com os novos fatos sociais e com o desenvolvimento da Ciência do Direito, mas

é correto supor, em nome da segurança jurídica, que as grandes rupturas jurisprudenciais só produzam efeitos para o futuro.¹⁴⁶

Esse tema da evolução do direito rende ensejo a um trabalho próprio, tamanhas as particularidades que podem ser detectadas no respectivo exame, razão pela qual apenas fora mencionado de passagem.

1.3.6. Panorama geral das manifestações da segurança no direito

A quantidade de temas, aliás temas de suma importância no Direito, que guardam relação de proximidade com o valor segurança, e por conseguinte com a segurança jurídica é, inegavelmente, muito grande. Pretende-se, nesse passo, apenas traçar um panorama geral, dado que seria impróprio no presente trabalho tratar de cada qual, em detalhes.

Listem-se, então, os seguintes temas: a) legalidade; b) proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CF/88); c) segurança jurídica como direito social a garantir condições sociais dignas (art. 6.º da CF/88); d) segurança de direitos individuais fundamentais como a intimidade (segurança do domicílio), a liberdade pessoal (segurança das comunicações pessoais) ou a incolumidade física ou moral; e) proibição geral da irretroatividade de leis; f) prescrição e decadência; g) acesso ao Poder Judiciário; h) princípio da publicidade; i) devido processo legal em geral.

Em senda tributária, por exemplo, poderiam ser lembradas as seguintes abordagens: a) exigência de tipicidade¹⁴⁷ fechada na descrição legal dos fatos que darão ensejo ao nascimento do tributo; b) interpretação restritiva da legislação tributária; c) igualdade entre os contribuintes; d) possibilitar-se confiança na lei (com atendimento à legalidade irretroatividade tributárias)¹⁴⁸ e agir fiscal; e) atuação estatal de boa-fé (sem afronta a regras de prescrição e decadência, por exemplo); garantia ao livre acesso à Justiça, com observância de princípios processuais tais como o da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

¹⁴⁶ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte – legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 240.

¹⁴⁷ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança jurídica e tipicidade tributária**. Salvador: Podivm, 2007.

¹⁴⁸ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte, legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

Em sede constitucional e legislativa, o termo “segurança jurídica” aparece nos seguintes dispositivos: artigo 103-A, § 1.º, da Constituição Federal; artigos 12¹⁴⁹ e 27 da Lei 9868/99; artigo 11 da Lei 9889/99 (ADPF); e Lei 9.874/99, artigo 2.º (lei do processo administrativo federal).

No plano jurisprudencial, a título exemplificativo, listem-se algumas poucas ementas ou trechos de votos em que a segurança jurídica se apresenta como fundamento de decidir.¹⁵⁰

Segurança jurídica para fins de proteção da coisa julgada:

"O presente caso objetiva a desconstituição de decisões judiciais, dentre as quais muitas já transitadas em julgado, que aplicaram índice de reajuste coletivo de trabalho definido pelos Decretos Municipais 7.153/1985, 7.182/1985, 7.183/1985, 7.251/1985, 7.144/1985, 7.809/1988 e 7.853/1988, bem como pela Lei Municipal 6.090/86, todos do Município de Fortaleza/CE. Este instituto de controle concentrado de constitucionalidade não tem como função desconstituir coisa julgada. A argüição de descumprimento de preceito fundamental é regida pelo princípio da subsidiariedade a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado. A ação tem como objeto normas que não se encontram mais em vigência. A ofensa à Constituição Federal, consubstanciada na vinculação da remuneração ao salário mínimo, não persiste nas normas que estão atualmente em vigência. Precedentes. **A admissão da presente ação afrontaria o princípio da segurança jurídica.**" (ADPF 134-AgR-terceiro, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-6-09, Plenário, DJE de 7-8-09)

Utilização da segurança jurídica para fundamentar a manutenção de posições consolidadas de Tribunais:

“O pedido liminar, caso deferido, afrontaria o princípio da segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional, pois modificaria, no exercício de um juízo de mera prelibação, entendimento pacificado do TSE sobre a matéria, estritamente observado pelos demais tribunais e juízes das instâncias inferiores ao longo de várias eleições. De outro lado, registro que, em razão da natureza objetiva da ADPF, não se mostra cabível o acolhimento do pedido formulado pelo PSDB no sentido de que seja conferido à presente ação um caráter incidental, com o fim de suspender, como já assentado, os efeitos do acórdão prolatado pelo TSE nos autos do RO 1.497/PB. É que a argüição de descumprimento de preceito fundamental configura

¹⁴⁹ Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

¹⁵⁰ Por ocasião do item 2.4, muitas outras ementas são colacionadas.

instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas, nos termos do art. 102, § 1º, da Constituição, combinado com o disposto na Lei 9.882, de 3 de dezembro 1999, que não pode ser utilizado para a solução de casos concretos, nem tampouco para desbordar os caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais para afrontar atos tidos como ilegais ou abusivos. Não se pode, com efeito, ampliar o alcance da ADPF, sob pena de transformá-la em verdadeiro sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio, ajuizado diretamente perante o órgão máximo do Poder Judiciário. Ademais, mesmo que superados tais óbices ao conhecimento da presente ação, cumpre recordar que o ajuizamento da ADPF rege-se pelo princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado (cf. ADPF 3/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, ADPF 12/DF e 13/SP, ambas de relatoria do Min. Ilmar Galvão, ADPF 129/DF, de minha relatoria)." (ADPF 155-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 4-12-08, DJE de 11-12-08)

Segurança jurídica como fundamento do próprio sistema de fiscalização da constitucionalidade, a ser tutelado via ações diretas (ADI e ADC):

"Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio." (ADI 2.982-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 2-8-06, DJ 22-9-06)

Por fim, a segurança jurídica em situações de certeza do direito, ou, ao revés, insegurança jurídica em cenário de controvérsias de proporções relevantes acerca da inconstitucionalidade de atos normativos:

O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa in abstracto, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, 'em proporções relevantes', de dissídio judicial, cuja existência — precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta — faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal."

(ADC 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-10-99, DJ de 4-4-03). No mesmo sentido: ADC 1, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 1º-12-93, DJ de 16-6-95

Essas são, portanto, algumas manifestações concretas do termo “segurança jurídica”, ora delineadas com o intuito de reforçar os conteúdos teóricos anteriormente explanados.

1.3.7. Limites da segurança jurídica

Linhas atrás, quando se considerou aquele direito primitivo, em que houve mudança de regra por parte do chefe da tribo, restou consignado que referida modificação, por si só, não bastava para se concluir acerca de eventual afronta ou homenagem ao princípio da segurança jurídica. A análise do caso concreto é que permitiria concluir algo a respeito com mais precisão.

Esse mesmo assunto, dentre outros, guarda uma certa relação com os limites da segurança jurídica. Vejam-se, a propósito, algumas colocações de Patrícia Ferreira Baptista:

Como qualquer princípio constitucional, a segurança jurídica não é um valor absoluto. A certeza quanto ao direito aplicável não é o único valor tutelado pelo ordenamento. A segurança jurídica pode se contrapor, por exemplo, ao interesse público na evolução e no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico. Ou, ainda, às exigências de justiça material. (...) A identificação do interesse público que há de se sobrepor ao interesse do particular na estabilidade do direito configura o calcanhar-de-aquiles dessa proposição. Essa identificação depende de um procedimento de ponderação conduzido com rigor. Além disso, é preciso ter em conta que o interesse à segurança jurídica também constitui um interesse público. (...) ¹⁵¹

Seja qual for o outro ponto a cotejar face à segurança jurídica, é certo que esse seu expoente de princípio constitucional deverá ser considerado no caso concreto, o que influi sobremodo na ponderação a se efetivar por parte do operador do direito.

Por ora, bastam essas colocações superficiais. Em tópico próprio (n.º 2.3.1), ao final, o assunto referente à ponderação será esmiuçado mais detidamente ¹⁵², já por ocasião do tratamento do tema central dessa dissertação.

¹⁵¹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p. 50.

¹⁵² Em específico, confira-se referência relativa à nota de rodapé n.º 175.

Muitas outras situações, demais dessa, podem ser divisadas quanto ao mesmo tema (limites da segurança jurídica) ora sob enfoque. Não se trata, por óbvio, apenas de algo relacionado à modificação ou oscilação normativa ou jurisprudencial. Mencione-se, ante sua importância, a questão da relativização da coisa julgada, por primeiro.

A coisa julgada, vale assentar, é decorrência exatamente da segurança jurídica. Faz-se necessário no sistema que as decisões judiciais se revistam de intangibilidade após o seu trânsito em julgado. Sem isso, como se sabe, o Direito não alcançaria seu escopo de pacificação social.

Luis Guilherme Marinoni apresenta igual sentir:

A coisa julgada, portanto, serve à realização do princípio da segurança jurídica, tutelando a ordem jurídica estatal e, ao mesmo tempo, a confiança dos cidadãos nas decisões judiciais. Sem coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário. Não há, em outras palavras, Estado de Direito.¹⁵³

Ocorre, contudo, que tal trânsito em julgado pode estar pautado em aplicação de leis que ao depois foram consideradas inconstitucionais, caso em que surge o embate entre a estabilidade e manutenção de certeza atingida com a coisa julgada, de um lado, e a higidez constitucional, de outro. Ou ainda trânsito em julgado pautado em inconstitucionalidade que ao depois foi afastada pelo Supremo, por exemplo em procedência de ação declaratória de constitucionalidade.

Nos dois aspectos se faz possível falar em segurança jurídica. Tanto a preservação da coisa julgada inconstitucional rende homenagens à segurança jurídica, dado o elemento de certeza individual angariado pelos envolvidos na solução judicial, quanto o afastamento dos efeitos dessa mesma coisa julgada, por conta de se manter a Constituição incólume a afrontas. Na segunda perspectiva de homenagem parece haver maior importância em termos de atingimento de interesse público, frente ao qual deve ceder passo o interesse particular, afinal a insegurança jurídica seria muito grande caso não houvesse a certeza da respeitabilidade integral da Constituição.

E aqui, vale observar, se insere parte do objeto principal dessa dissertação, haja vista que pode derivar desse embate o desfazimento dos atos praticados (decisão transitada em julgado, neste caso) sob a égide de tais leis inconstitucionais, em sede de modulação dos efeitos do julgamento em que declaradas referidas inconstitucionalidades.

¹⁵³ MARINONI, Luis Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008, p. 68.

Carmem Lúcia Antunes Rocha alude à problemática:

Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão judicial competente, parece certo ponderar-se que os julgados anteriores, que se tenham baseado em ato normativo havido como insubsistente, não podem prosperar em seus efeitos. A questão que se põe é quanto aos efeitos já produzidos e que terão que ser considerados em razão de sua ponderação sociojurídica e das conseqüências que o seu desfazimento poderão acarretar.¹⁵⁴

De fato, a segurança jurídica traz consigo uma série de limites, e frente à coisa julgada isso se faz evidente. Em razão disso, Pedro Leonardo Summers Caymmi alude a “níveis de segurança” quando focaliza o tema:

Precisa-se reconhecer os limites [sic] de uma possível solução para as exigências de segurança jurídica. Qualquer método apresentado para conferir segurança, verdade e certeza ao discurso jurídico nunca será absoluto. Não há ‘uma verdade’ como resultado da aplicação das normas jurídicas, assim como não há uma segurança, mas sim níveis de segurança nesta verdade, que podem ser alcançados ao se adotar, como regras para o discurso jurídico, garantias mínimas, que condicionem sua legitimidade.¹⁵⁵

Este autor também apontou a própria mutabilidade e complexidade do Direito como limitação à segurança jurídica:

Além disso, ao lado das limitações à segurança inerentes à estruturação do Direito em linguagem, ao seu papel na organização social e à dinâmica da compreensão humana, a própria complexidade e o caráter fluído do fenômeno jurídico, que determina sua mutabilidade, atributos essenciais do Direito em si mesmo, determinam a impossibilidade da construção estática de um sistema jurídico *a priori* propiciador da segurança.¹⁵⁶

Assim, têm-se os limites gerais da segurança jurídica. O assunto comporta desdobramentos vários, mormente quando se atinge a questão das oscilações jurisprudenciais. Só isso já rende ensejo a um novo trabalho, diga-se, por comportar problemática parecida com esta que é objeto da dissertação.

¹⁵⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 185.

¹⁵⁵ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança jurídica e tipicidade tributária**. Salvador: Podivm, 2007, p. 154.

¹⁵⁶ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança jurídica e tipicidade tributária**. Salvador: Podivm, 2007, p. 158.

2. MODULAÇÃO DE EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

Nesse tópico vão ser desenvolvidas as idéias centrais da presente dissertação, que giram em torno do tema da modulação de efeitos do controle de constitucionalidade fundamentada em razões de segurança jurídica. Isso se faz possível apenas agora porque já foram traçados os pressupostos teóricos necessários ao tema, quais sejam, a delimitação conceitual de Estado de Direito, em que localizados os demais temas do controle de constitucionalidade e da segurança jurídica.

Seguem expostos, portanto, após a devida introdução do tema, vários assuntos relativos à modulação de efeitos, que incluem a polêmica em torno da permissão legal para modular efeitos e considerações sobre o mecanismo do ato de modular.

Nesse caminho serão analisados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, sob olhares que, cumpre dizer, partem do pressuposto de ser possível¹⁵⁷ a esta Corte o exercício dessa função, a despeito de respeitável posicionamento doutrinário em sentido contrário.

2.1. Introdução

Ao tratar do alcance no tempo da anulação, explica Hans Kelsen que “*O ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular pro futuro, isto é, a partir da anulação*”¹⁵⁸. Nessa passagem já se pode notar algum contorno de preocupação com o que veio a se chamar muito posteriormente de modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade.

Explique-se desde logo que a mera preservação de efeitos de atos produzidos sob a égide de lei inconstitucional não se confunde com a modulação de efeitos ora sob enfoque, conquanto se possa alcançar, exatamente por via da modulação, o mesmo resultado desta preservação de efeitos. A diferença é singela, vale admitir, mas existe.

Hans Kelsen também considera salutar que nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais seja fixado, de modo a ser desfeito ato produzido com base na norma em questão. O ideal para ele seria, assim, anular *pro futuro*, ou a partir de qualquer outra data

¹⁵⁷ Confira-se a explanação por ocasião da referência em nota de rodapé n.º 165, infra.

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. Tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 145.

posterior à anulação; e mais, sem haver repristinação.¹⁵⁹ Considera ainda, o mestre austríaco, a possibilidade de o órgão que anula o ato restabelecer o antigo estado de direito, sem embargo de isso configurar atividade legislativa, apesar de se tratar de norma posta em vigor pelo legislador regular em outra época.

Isso tudo, vale lembrar, está na conformação do sistema de controle abstrato por ele engendrado, na Áustria do início do século XX¹⁶⁰.

No Brasil, ao revés, desde quando ainda incipiente o sistema de controle, então concreto, nota-se a adoção de posição segundo a qual o ato contrário à Constituição é absolutamente nulo, desde seu nascedouro, o que lhe retira toda a possibilidade de surtir efeitos.¹⁶¹

Tal postura deita raízes naquela originária concepção de Marshall, já mencionada quando se tratou do julgamento *Marbury vs Madison* (item 1.2.2 supra), com base na qual o ato contrário à Constituição é absolutamente nulo e de nenhum efeito. Assim era a sistematização na origem do controle difuso norte-americano: “*A legislative act contrary to the constitution is not law*”.¹⁶²

Atribui-se, comumente, à influente figura de Rui Barbosa a importação para o Brasil do modelo norte-americano de controle, a se espalhar na doutrina pátria dominante de então, bem assim com significativa acolhida jurisprudencial.

Mencionem-se, a propósito, dois julgados do Supremo Tribunal, colacionados no trabalho de Marcelo Passamani Machado¹⁶³:

Declarada a inconstitucionalidade de certo tributo, não há como defender validade de pagamentos anteriormente feitos, a pretexto de haverem sido espontaneamente pagos. Se o imposto é inconstitucional, o vício ataca-o na origem, sendo nulo o pagamento feito em razão dele. (STF, RE n.º 33.146, rel. Afrânio Costa, j. 28.01.1958)

A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeitos todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. (STF, RMS n.º 17.976, rel. Min. Amaral Santos, j. 13.09.1968)

¹⁵⁹ KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. Tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 171.

¹⁶⁰ Conforme modelo exposto no tópico 1.2.2 deste trabalho.

¹⁶¹ Conferir tópico 1.2.4 retro.

¹⁶² Tradução livre do autor: “Um ato legislativo contrário à Constituição não é lei”.

¹⁶³ MACHADO, Marcelo Passamani. **Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 110-111.

Ocorre, contudo, que esta postura nem sempre se mostrou absolutamente adequada para tratar alguns casos concretos. Por diversas vezes o Supremo se viu diante de situações que exigiam temperamento à regra da nulidade absoluta do ato inconstitucional, seja para conferir proteção à coisa julgada, seja para preservar a existência de atos administrativos praticados por funcionários de fato, por nomeados com base em lei inconstitucional.

Já se admite, portanto, no cenário jurídico nacional há muitas décadas a atenuação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas no controle difuso pelo Supremo, em que os efeitos se impõem *inter partes*, vale notar.

Isto tudo tem pertinência com o tema da modulação de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato, introduzida no direito pátrio pela Lei 9.868/99, artigo 27. Não seria exagerado dizer, aliás, que se trata de verdadeiro embrião deste tema.

E aqui chegados, impõe-se atingir o ponto nevrálgico do presente trabalho. Com base nesse dispositivo legal, permitiu-se ao Supremo a manipulação dos efeitos de suas decisões lançadas por ocasião da fiscalização abstrata de constitucionalidade. Eis a redação do referido artigo 27:

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

De igual teor o disposto no artigo 11 da Lei 9889/99:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Razões de segurança jurídica, como se pode notar, são parte dos fundamentos possíveis para que não se atribuam efeitos retroativos a uma decisão de inconstitucionalidade.

Com base nessa permissão legal, o Supremo Tribunal Federal tem conferido modulação de efeitos a toda sorte de julgados, seja em sede difusa de fiscalização da constitucionalidade, seja na concentrada.

Aponta-se como *leading case*, fartamente citado nos escritos acerca do assunto, o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 197.917, que versava sobre a inconstitucionalidade da Lei Orgânica do Município de Mira-Estrela no tocante à fixação do número de Vereadores. Conferiu-se efeito *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica, ou seja, porque os efeitos normais implicariam grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente.

É certo, vale mencionar, que, mesmo antes desta permissão legal, tal atividade já fazia parte da rotina da Corte, conforme se verá mais adiante. A par disso, há posição doutrinária que entende prescindível tal autorização legal, para esse agir.

Confira-se, no escólio abaixo, a posição de Roque Antonio Carrazza, perante a qual já se apresentou concordância nesta dissertação, a ponto de elegê-la como pressuposto¹⁶⁴ para tratar do tema:

Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do *princípio da segurança jurídica*. Logo, mesmo que inexistisse o artigo 27, da Lei 9.868/99, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja no Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas.¹⁶⁵

Muitos outros julgamentos se seguiram, a revelar que se disseminou o uso da modulação de efeitos na Corte Suprema. Resta saber, e é isso que o presente trabalho busca examinar, se ao menos a atuação do Tribunal está se mantendo nos quadrantes do quanto permitido pelo ordenamento para tanto, e quais as implicações que isso está gerando no plano institucional e do ordenamento como um todo.

Em vias de conclusão desse tópico introdutório, urge retomá-lo de seu início para indagar se Hans Kelsen estaria revestido de razão ao afirmar que o ideal em termos de segurança jurídica seria anular leis inconstitucionais sem efeitos retroativos. É bem verdade que sua doutrina estava voltada para o sistema austríaco, de controle abstrato (puro), mas considerando todas aquelas anotações acerca da evolução histórica do sistema brasileiro, talvez o atual cenário político-jurídico pátrio seja mesmo altamente propício a

¹⁶⁴ Vide texto que se refere à nota n.º 157 deste trabalho.

¹⁶⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, *in Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008, p. 65.

esta antiga abordagem kelseniana, exceções feitas aos casos em que haja maior interesse público a preservar.

A conclusão a que se pode chegar, como será visto a seguir, não depende de uma simples escolha de postura, em termos de sim ou não. São os conteúdos dos casos concretamente decididos que vão indicar a homenagem ou a afronta à segurança jurídica.

Celeumas à parte, é nítido o fenômeno da densificação do controle concentrado brasileiro, revelado por vários sintomas, dentre os quais o da abstrativização do controle difuso, conforme já visto anteriormente¹⁶⁶.

Sendo assim, procurar-se-á abordar o objeto central dessa dissertação, em seguida, com vistas a conferir se a modulação pautada por razões de segurança jurídica está condizente com os ditames permitidos pelo Direito para sua incidência, pressuposta a constitucionalidade da permissão trazida pelo artigo 27 da Lei 9.868/99, e correlato artigo 11 da Lei 9.889/99.

2.2. Natureza da atividade de modulação de efeitos

De início, cumpre observar que há exemplos, conquanto esporádicos, de modulações de efeitos decisórios na jurisprudência do STF mesmo antes de a Lei 9.882/99 trazer a permissão expressa para tanto.¹⁶⁷ Em dias atuais, contudo, o tema ganhou projeções importantes, a ponto de se tornar corriqueiro o evento modulador.

Pode-se sustentar que modular efeitos prescinde de autorização expressa para tanto, por ser ínsita à função de controle de constitucionalidade. Conseqüência disso é a admissão da modulação nas vias abstrata e concreta de controle.

Veja-se a posição de Roque Antonio Carrazza, citado há pouco¹⁶⁸ por entender que a possibilidade de modulação decorre do princípio da segurança jurídica:

(...) Sempre com apoio no *princípio da segurança jurídica*, estamos convencidos de que também no controle *difuso* de constitucionalidade, o STF detém a aptidão para, na salvaguarda dos princípios constitucionais,

¹⁶⁶ Vide referência a respeito em nota de rodapé n.º 51.

¹⁶⁷ Confirmam-se alguns casos em que já eram restringidos os efeitos do dogma da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional nos seguintes julgados: RREE n.º 79.343 (DJ 02/09/1977, Rel. Leitão de Abreu, ainda como voto vencido), n.º 78.209 e 78.594 (ambos de outubro de 1974, sobre servidores públicos de fato), 105.789 (DJ 09/05/1986, Rel. Carlos Madeira) e 122.202 (DJ 08/04/1984, Rel. Francisco Rezek).

¹⁶⁸ Vide nota de rodapé n.º 165, retro.

máxime o da segurança jurídica, apontar a prospectividade, evitando, assim, a fulminante e por vezes formidável eficácia “ex tunc”.¹⁶⁹

E assim é a postura assumida pelo Supremo, inegavelmente. Em trecho de voto do Ministro Marco Aurélio, no julgamento do *habeas corpus* n.º 82.959, constou: “*Senhor Presidente, como Relator, apenas ressalto que empresto à declaração de constitucionalidade eficácia ex tunc quanto às conseqüências penais, não o fazendo sob o ângulo patrimonial.*”

Acerca da natureza da atividade de modulação, é certo que se trata de tarefa altamente complexa e estranha aos contornos dos atos discricionários. Assim expõe a questão Eduardo Talamini, com suporte em Jorge Miranda:

E evidentemente não é discricionária a atividade que o Supremo desenvolve no exercício dessa regra: tem o dever de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando presentes as razões para tanto; tem o dever de se abster de tal limitação, quando faltar motivo justificável. Eis mais um daqueles casos em que não se pode confundir a aplicação concreta de conceitos indeterminados (“segurança jurídica” e “excepcional interesse social”) com atividade propriamente discricionária.¹⁷⁰

O Supremo Tribunal Federal, por vezes, caminha no sentido inverso, para só conferir modulação de efeitos se provocado a tanto, e se for o caso:

“Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn — admitida por ora a sua constitucionalidade — não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida.” (ADI 2.996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-06, DJ de 16-3-07)

Dados esses passos, em que se assentou que o ato de modular efeitos deriva da própria função de controle de constitucionalidade, ou do princípio da segurança jurídica, independente de norma autorizadora expressa, e que à Corte excelsa não cabe agir discricionariamente a respeito, cumpre prosseguir, desta feita, para se alcançar o mecanismo da modulação de efeitos.

¹⁶⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, in **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 66.

¹⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto**. Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – área de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 201.

Sem embargo, no que consiste tal tarefa? Qual o DNA da modulação, ou sua essência, em termos de raciocínio jurídico? Desde aquele primitivo e primeiro julgamento, já mencionado no tópico 1.3.5 retro, percebe-se que o ato de julgar não se faz de modo desmedido. Ao contrário, e aqui se deve pressupor a pureza de tal atividade, derivada de ânimo sério e isento daquele que julga, muitas ponderações incidem no percurso que parte do conhecimento do caso até se chegar à conclusão final.

A doutrina em geral trata do tema sob a denominação de “conseqüencialismo jurídico”. Significa, outrossim, que o juiz analisa uma série de conseqüências que podem advir conforme seja a decisão proferida em um ou outro sentido.

Confira-se o conceito exposto por Guilherme Cezaroti¹⁷¹:

Para fins desse trabalho, será denominado de conseqüencialismo jurídico qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma decisão judicial à valoração das conseqüências associadas à mesma e às suas alternativas.¹⁷²

Mostra-se difícil a tomada de posição extremada acerca do tema. Há toda uma gama de argumentos que traz apoio a essa postura judicial, e outra que traz críticas. O certo, porém, é que não se faz adequado o agir judicial pautado em conseqüencialismo como regra geral. Nas palavras de Marciano Seabra de Godoi:

Em suma: ainda que a consciência e a avaliação das conseqüências práticas das decisões (para o caso concreto e para outras realidades mais amplas) seja algo constitutivo da tarefa jurisdicional, o conseqüencialismo (no sentido de algo que põe em xeque em maior ou menos medida o caráter deontológico da ação) como lógica argumentativa *padrão* é institucionalmente inadequado ao Poder Judiciário. Condicionar a forma de intervenção sobre a realidade social às conseqüências práticas de cada linha alternativa de intervenção é uma lógica que quadra com o papel do Legislativo e do Executivo no processo (em que tais poderes devem ter preponderância e protagonismo em relação ao Judiciário) de estabelecimento e de revisões periódicas das políticas públicas.¹⁷³

Em específico quanto à modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, mostra-se patente a incidência do conseqüencialismo, dado que entram em cena valores constitucionais altamente relevantes. De um lado figura a supremacia da Constituição¹⁷⁴, a

¹⁷¹ Texto citado já em atendimento aos novos padrões ortográficos, conforme original.

¹⁷² CEZAROTI, Guilherme. O conseqüencialismo jurídico e as modulações das decisões do STF, *in* **Grandes questões atuais do Direito Tributário**. 13º volume. São Paulo: Dialética, 2009, p. 135.

¹⁷³ GODOI, Marciano Seabra de. O conseqüencialismo jurídico e as modulações dos efeitos das decisões do STF, *in* **Grandes questões atuais do Direito Tributário**. 13º volume. São Paulo: Dialética, 2009, p. 293-294.

¹⁷⁴ Sobre supremacia constitucional, ver comentários em notas de rodapé n.º 47 e 188 desta dissertação.

indicar o caminho da eficácia *ex tunc* às pronúncias de inconstitucionalidade. De igual forma, a isonomia, e até mesmo a segurança jurídica, conforme já exposto no tópico 1.3.7, acima; relembre-se que a insegurança jurídica seria muito grande caso não se tivesse a certeza da respeitabilidade integral da Constituição.

Por outro lado, há toda uma gama de valores, já em si importantes, mas que assumem especial relevo conforme as particularidades dos casos concretos. Mencionem-se a dignidade da pessoa humana, boa-fé, segurança jurídica, vedação do enriquecimento sem causa etc., quando envolvidos em hipótese de rota de colisão entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais.

No instante em que o STF se vê diante da necessidade de modular efeitos, o que se tem é a sua convicção de que tais valores estão em choque, e a sua árdua tarefa reside em preservá-los em máxima medida, via ponderação e exame de proporcionalidade. Modular efeitos decisórios, cabe sustentar, significa concretizar o raciocínio de ponderação subjacente ao consequencialismo que permeia o ato de julgar.

Examinem-se algumas idéias a respeito, postas por Eduardo Talamini:

O risco de colisão entre princípios somente pode ser evitado por meio da proporcionalidade. Tal princípio não apenas dá suporte como também impõe limites à técnica da modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade. A proporcionalidade conduz a que os valores de supremacia e rigidez da Constituição sejam tutelados tal como se exige que se preservem também aqueles valores que se consolidaram durante a vigência da norma inconstitucional. Não é cabível que, a pretexto de prevalência daqueles primeiros valores, imponha-se a negativa absoluta de quaisquer efeitos da norma inconstitucional, ainda quando isso não representar qualquer espécie de prejuízo ou lesão. A invocação à rigidez e à supremacia da Constituição pressupõe [sic] a evidência de risco de algum prejuízo. Se for impossível apontar um prejuízo ou se o risco de prejuízo for superado por meio da adoção de precauções e exigências, a negativa da preservação de efeitos infringiria o princípio da proporcionalidade, sob o ângulo da necessidade.¹⁷⁵

De igual modo se apresenta o conteúdo da seguinte decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, em que se menciona o aludido uso da ponderação concreta:

“A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que

¹⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto**. Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – área de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 200.

diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.” (AI 474.708-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 17-3-08, DJE de 18-4-08)

No âmbito desse balanceamento de valores que subjaz à modulação de efeitos, percebe-se o quão importante esse instituto se faz no sistema. Não houvesse tal possibilidade e o STF apenas teria diante de si dois únicos caminhos a trilhar, quais sejam, ou declarar, ou não declarar a constitucionalidade de certo ato normativo.

O julgamento da ADI 2.240, de relatoria do Ministro Eros Grau, revela o verdadeiro drama com que se deparou o julgador diante daquela situação em que a inconstitucionalidade era patente, mas a mera declaração nesse sentido (que importaria na extinção do Município de Luis Eduardo Magalhães) acarretaria graves prejuízos ao interesse público e à segurança jurídica. Cogitou-se, até, de julgar improcedente o pedido lançado na ADI, para evitar mal maior do que garantir a supremacia constitucional. A saída a que o Tribunal chegou, no entanto, foi a de modular os efeitos da decisão.

Com isso, note-se, ganha o sistema de fiscalização da constitucionalidade eficácia flagrantemente maior, em termos de operacionalidade.

Também a respeito dos pormenores do ato de modular efeitos, algo igualmente importante se passa com relação aos critérios materiais fixados em lei para tanto, quais sejam, “razões de segurança jurídica” e “excepcional interesse social”.

Trata-se de princípios com elevada amplitude de significação, a merecer o devido preenchimento por parte do julgador por ocasião da análise dos casos concretos. No que importa ao presente estudo, que se limita aos cuidados da “segurança jurídica”, já se expôs em capítulo próprio¹⁷⁶ toda a gama de significação possível que o termo alberga.

Em comentários a respeito desses critérios, Guilherme Cezaroti traz o seguinte alerta:

A adoção dos princípios da “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” não tem o propósito de substituir a constitucionalidade estrita

¹⁷⁶ Vide item 1.3.

vigente no ordenamento jurídico brasileiro por uma constitucionalidade política ou de colocar as “razões de Estado” no lugar das “razões da Constituição”, e sim permitir a utilização de valores que não se esgotam nos referidos conceitos, mas que, diante de situações excepcionais, justificam a ponderação a respeito da limitação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade.¹⁷⁷

De fato, a amplitude dos termos pode conduzir a um preenchimento de significação impróprio, e ao Supremo Tribunal cabe encetar todo o cuidado possível para não cometer deslizes por ocasião de sua utilização.

Igual sorte se reservou ao tratamento legislativo referente à edição de súmulas vinculantes, em que há o critério “grave insegurança jurídica” insculpido no § 1.º do artigo 2.º da Lei 11.417/06. A propósito, André Ramos Tavares comentou: “*A gravidade de uma situação dessas dependerá das circunstâncias históricas, do tema envolvido nessa discussão e, em última análise, acabará por ser topicamente verificada pelo STF*”.¹⁷⁸

Por outro lado, é exatamente essa mesma amplitude valorativa que vai render ensejo a que os contextos cultural e social que pairam à época do julgamento sejam apreciados no ato de julgar.

Ao tratar da atividade hermenêutica empreendida por ocasião da descoberta do sentido do termo “dignidade da pessoa humana”, Eduardo C. Bianca Bittar traz o seguinte comentário, que se aplica de igual forma à busca de sentido dessas expressões amplas ora sob enfoque. Em suas palavras:

Assim, a pesquisa hermenêutica demanda certa atitude hermenêutica, cuja missão não deixa de ser: 1. revelar a lógica – ou fio condutor – do texto constitucional, na medida em que todo texto constitucional faz opções ideológicas e é marcado por valores que são eleitos como valores-fim; 2. detectar quais são os princípios que organizam a estrutura do pensar dogmático-constitucional; 3. operacionalizar a hermenêutica para que sirva de instrumento para que a Constituição Federal possa lançar seus fins sociais.¹⁷⁹

Expostos esses dados acerca do mecanismo da modulação, cumpre confrontá-la face àquelas considerações sobre a função política do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁰. É que

¹⁷⁷ CEZAROTI, Guilherme. O consequencialismo jurídico e as modulações das decisões do STF, in **Grandes questões atuais do Direito Tributário**. 13º volume. São Paulo: Dialética, 2009, p. 140-141.

¹⁷⁸ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3.ª edição. São Paulo: Método, 2009, p. 42.

¹⁷⁹ BITTAR, Eduardo C. Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade, in **Direitos Humanos Fundamentais: positividade e concretização**. Osasco: Edifício, 2009, p. 37.

¹⁸⁰ Conferir item 1.1.2 desta dissertação.

o ato de modular implica conseqüências de importância ímpar no sistema, aptas a causar incômodos institucionais (por conta de eventual desrespeito à repartição de funções estatais, por exemplo).

Assim, algumas preocupações¹⁸¹ se entremostam no ponto ora tratado, a incidirem por sinal em qualquer que seja o caso objeto de modulação. São de três ordens essas preocupações: (i) uma delas diz com os limites da função jurisdicional do Supremo, nesse agir, a definir se há ou não transbordamento de sua atividade típica a ponto de causar ingerência na função legislativa; (ii) outra guarda pertinência com a formalidade legal da modulação, isto é, com a real existência daquelas razões de decidir em vias de modulação de efeitos (segurança jurídica e excepcional interesse social); e (iii) por fim, se o conteúdo da modulação efetivada no caso concreto apresenta conformação material face à Constituição, tendo em conta se tratar de atividade de que resultam normas gerais, tal como se dá na esfera Legislativa.

Em outras palavras, a cada julgamento dúvidas vão pairar acerca destes três planos: (i) o Supremo legislou? Praticou ativismo judicial inaceitavelmente? (ii) houve real incidência fática das razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social a pautar a modulação, afinal é crível que isso configure mera retórica, a esconder interesses outros, jurídicos ou não? (iii) o conteúdo da modulação fere a Constituição, materialmente?

Cumprido, pois, tratar de como deve ser o uso da segurança jurídica na modulação, e examinar alguns julgados, sob a ótica de tudo o quanto já se expôs em sede de premissas teóricas, em busca de tal análise.

Demais disso, e conforme a resposta seja num ou noutro sentido, poder-se-ia afirmar que a Corte Maior transbordou os limites constitucionais de seu atuar, em flagrante afronta à repartição de Poderes no Estado de Direito. Ou que, ela mesma, a pretexto de salvaguardar a Constituição, enredou por caminho de afrontá-la.

Em reforço de entendimento a esse conjunto de preocupações, cumpre retomar aquelas considerações acerca da função política do Supremo, para analisar até que medida a sua atuação estaria conforme aos ditames do ordenamento, ou discreparia para o terreno do ativismo judicial, em afronta à Constituição.

¹⁸¹ Ao depois (subitens de 2.4), seguem as respectivas respostas, por ocasião de análises em casos concretos.

2.3. A polêmica acerca da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99

Prevalece no Brasil o posicionamento doutrinário que reconhece a constitucionalidade da regra prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99. A par dos posicionamentos contrários, ainda se faz presente uma terceira corrente, que se pode denominar de intermediária, segundo a qual haveria inconstitucionalidade apenas na possibilidade de se conferir efeitos *pro futuro*.

Adotam a primeira posição, dentre outros, Walter Rothenburg, Gustavo Binenbojm, Teori Zavascki, Zeno Veloso, Gilmar Ferreira Mendes e Barbosa Moreira. Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Anna Candida da Cunha Ferraz se manifestam em posição contrária à prevalecente, e na terceira corrente se encontram Lenio Streck e Oswaldo Palu.

Foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade cujo objeto recai sobre o dispositivo sob enfoque, ainda pendentes de julgamento pelo Supremo. São as ADI's n.º 2.154 e 2.258. O exame das petições iniciais, disponíveis em forma eletrônica no sítio deste Tribunal, revela que as alegações de inconstitucionalidade da modulação se pautam em supostas ofensas ao Estado de Direito (repartição das funções estatais) e ao princípio da legalidade, tendo em conta, também, que a matéria versada está sujeita à reserva de Constituição, o que não permitiria a disciplina pelo legislador comum.

Resta aguardar o posicionamento definitivo da Corte, por ocasião do julgamento de referidas ADI's. Por ora, o que se tem é um cenário de indefinição, por conta da pendência dos julgamentos, mas que, dada a freqüente utilização do dispositivo, sinaliza que o desfecho recairá sobre a admissão da constitucionalidade.

Ou talvez, pela própria declaração de inconstitucionalidade, mas sem que isso implique tornar incabível a modulação. Confira-se a seguinte passagem de Marciano Seabra de Godoi:

Contudo, o reconhecimento dessa invalidez formal do art. 27 levaria provavelmente a que, daí em diante, o STF continuasse a modular os efeitos de suas decisões, sem necessidade de atender ao *quorum* mínimo para a modulação fixado no art. 27.¹⁸²

A despeito, contudo, dessa indefinição pragmática acerca da constitucionalidade da modulação, alguma reflexão pode ser trazida a exame acerca do tema. O assunto, como já

¹⁸² GODOI, Marciano Seabra de. O consequencialismo jurídico e as modulações dos efeitos das decisões do STF, in **Grandes questões atuais do Direito Tributário**. 13º volume. São Paulo: Dialética, 2009, p. 304-305.

se pode notar, é importante, delicado e tormentoso, e convém seja encarado com espírito desapassionado e desprovido de posições ideológicas, ou sentimentalismo.

Quando se afirmou no tópico antecedente que dúvidas pairariam nos julgamentos, a ponto de ser possível indagar se o “Supremo legislou?”, convém esclarecer que tal expressão quer significar que o agir da Corte foi além da tarefa de julgar com o fim de solucionar conflitos. Transbordou, portanto, do seu campo de atuação funcional, assim exposto por João Maurício Adeodato no seguinte trecho:

Ao lado da grande significação estratégica tradicional da Constituição, a importância da jurisdição constitucional passa a ser crucial no direito dogmaticamente organizado contemporâneo, já que o Poder Judiciário constrói essa jurisdição exatamente controlando os conflitos que se originam de divergências sobre o próprio texto constitucional. (...) ¹⁸³

O ‘modular efeitos’ configuraria, então, uma atuação indevida frente aos contornos do padrão tipicamente jurisdicional de agir, a desafiar toda a sorte de críticas. Aliás, este é um dos fundamentos da posição que entende ser inconstitucional a permissão legal de modular efeitos, ante a afronta ao Estado de Direito que aí subjaz.

Aqui se chega ao polêmico tema do ativismo judicial (do qual a modulação seria um dos exemplos), merecedor de tratamento mais detido para o fim de subsidiar o exame de julgados a ser feito posteriormente. Polêmico porque há duas posições antagônicas acerca da problemática, uma de crítica, outra de defesa ao ativismo.

Adiante-se, desde já, mais uma premissa desta dissertação. O ato de modular efeitos reside numa localidade cinzenta que divide dois terrenos: um, da atuação escoreita do Supremo Tribunal Federal, no cumprimento de sua árdua missão jurisdicional de guardião da Constituição; e outro, do ativismo judicial, causador de incômodo institucional por afronta ao Estado de Direito.

Parece ser mais acertado sustentar que é apenas a análise da situação concreta, com todos os seus influxos, que se mostrará apta a subsidiar uma postura com relação ao tema, afinal ambas as posições trazem argumentos coerentes e plausíveis a respeito.

Luis Flávio Gomes faz menção a duas espécies de ativismo judicial:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de

¹⁸³ ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário, in **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifio, 2005, ano 05, nº 05, p. 99.

uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.¹⁸⁴

Há, por certo, todo um contexto social¹⁸⁵ de inseguranças e caos jurídico que também explica em certa medida que o Poder Judiciário intervenha no sistema atipicamente, tendo em conta que a produção legislativa (e a ausência dela em alguns casos) apresenta um conjunto de defeitos que demanda toda sorte de correções.

Não é, porém, apenas esse contexto social que implica o surgimento de posturas judiciais de ativismo. O ativismo tem por causa a legislação também, e os dois exemplos acima postos não deixam margem a dúvidas a esse respeito.

Elival da Silva Ramos assim conceitua *ativismo judicial*:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.¹⁸⁶ (...)

Como se pode notar, o tema do ativismo alberga um sem-número de possibilidades, e pode envolver o Poder Judiciário como um todo. Interessa, porém, tratar mais de perto apenas do ativismo que se relaciona com o objeto deste trabalho, que é o ligado ao controle de constitucionalidade e à modulação de efeitos emanada do Supremo Tribunal Federal.

Aquele Supremo Tribunal de outrora, que exercia o controle de constitucionalidade, estritamente dentro dos padrões ortodoxos pertinentes ao tema, não acarretava insegurança jurídica no plano institucional; ao revés, nas palavras do Ministro Eros Grau, “*instala-se a*

¹⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 03 nov. 2009.

¹⁸⁵ Acerca de maiores detalhes, consultem-se os tópicos 1.3.2 e 1.3.5 deste trabalho.

¹⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional.** Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional. 2009, p. 99.

*insegurança a partir de quando o STF passa a exercer o controle da proporcionalidade de leis, sem representatividade para tanto*¹⁸⁷.

Por padrões ortodoxos entenda-se o que figura na seguinte decisão, que reflete a antiga postura do Supremo sobre o tema:

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito." (ADI 652-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-92, DJ de 2-4-93). No mesmo sentido: ADI 1.434-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-8-96, DJ de 22-11-1996.

Ainda sobre esses padrões ortodoxos, ou como constou anteriormente, “tradições jurídicas pátrias”, é preciso salientar que tal postura, antiga, se devia ao respeito incondicional a um princípio de suma importância no ordenamento, que é o da supremacia constitucional, já analisada¹⁸⁸.

Apesar dessa superioridade, faz-se possível vislumbrar, em alguns julgados, um certo menoscabo à supremacia constitucional. É que a desconsideração da supremacia constitucional acarreta conseqüências sérias no ordenamento, seja por não se conferir eficácia à Constituição, seja por considerá-la em sentido diverso do original.

Nesse último caso, de se atribuir sentido outro à Carta, tem-se o ativismo judicial transmutando a atividade do Poder Judiciário (que transborda dos seus limites funcionais) em verdadeiro Poder Constituinte, por acarretar mudanças na Constituição, informalmente.

Anna Candida da Cunha Ferraz explica que “ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição”¹⁸⁹.

Veja-se um caso concreto, a título exemplificativo, de mutação constitucional, segundo análise feita por Anna Candida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes de

¹⁸⁷ Frase externada por ocasião do XVIII – Encontro do Instituto Pimenta Bueno, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.

¹⁸⁸ A respeito, conferir textos referidos em notas de rodapé n.º 47 e 174.

¹⁸⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1.ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 57.

Almeida, do julgamento proferido pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal em que se admitiu o afastamento de norma constitucional em razão da superveniência de tratado em sentido contrário:

Na verdade, a decisão torna inaplicável, sem fundamentações jurídico-constitucionais pertinentes, texto expresso da Constituição, constituindo, sim, ao contrário do que pretendeu dizer seu autor, verdadeira mutação inconstitucional de nossa Carta Magna, perpetrada por interpretação do Supremo Tribunal Federal, tornando letra morta disposição constitucional expressa. Não se pode vislumbrar nessa decisão, como pretende o autor, tratar-se de mera adaptação da interpretação do texto constitucional para concluir que o mesmo texto constitucional expresso não mais tem validade no ordenamento pátrio.

Para concluir as considerações sobre este tema parece relevante ressaltar a inviabilidade de se admitir essa posição, nos termos em que foi relatada, sem se perpetrar ofensa ao dogma da supremacia constitucional decorrente, dentre outros fatores, da origem da Constituição Nacional, plantada na doutrina do Poder Constituinte e na rigidez das normas constitucionais. (...) ¹⁹⁰

E prosseguem as mesmas autoras, de modo a concluírem ter havido ofensa à supremacia constitucional no julgado analisado:

A atuação do STF é positiva, em alguns temas, e, em outros, merece críticas.

No que respeita à internacionalização dos tratados de direitos humanos, a posição recentemente adotada, certamente vai contra a Constituição brasileira, ferindo de frente a supremacia constitucional. ¹⁹¹

Perceba-se, por importante, que as tradições jurídicas nacionais já não mais encontram morada nos dias atuais, e até mesmo princípios basilares da mais alta importância no ordenamento, como o da supremacia constitucional, seguem inobservados em alguma medida pelo próprio Estado.

Há vários argumentos, tanto para criticar, como para defender o ativismo judicial. Cumpre prosseguir, pois, em tópicos próprios com a explanação dos principais argumentos acerca do assunto, sejam os contrários, sejam os favoráveis ao ativismo.

Antes disso, porém, veja-se a síntese dos argumentos próprios ao tema nos comentários de Lawrence Baum, quando trata da Suprema Corte Americana:

Mais fundamentalmente, pessoas discordam do papel geral da Corte como elaboradora de políticas. Esta discordância assumiu muitas formas,

¹⁹⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, no prelo.

¹⁹¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, no prelo.

mas com freqüência se concentra na dicotomia entre ativismo judicial e contenção judicial. A expressão *ativismo judicial* é usada de muitas maneiras. Um elemento chave do conceito é uma disposição da Corte de realizar mudanças significativas na política pública, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições. O elemento mais visível do ativismo judicial é a emissão de decisões que derrubam políticas legislativas e executivas, mas o ativismo pode assumir outras formas. A contenção judicial é simplesmente evitar o ativismo. (...)

Os defensores da contenção judicial atacam o ativismo sob vários fundamentos, dos quais três são especialmente importantes: o ativismo é ilegítimo, porque a Corte é uma instituição relativamente antidemocrática; é arriscado, porque a Corte é vulnerável a ataques quando assume posições controversas; é insensato, porque falta aos tribunais a capacidade de tornar efetivas as escolhas de políticas. (...)

Alguns proponentes do ativismo vêem-no como um dever, sob a Constituição. Talvez mais importante: proponentes do ativismo vêem uma Corte ativista como protetora dos valores fundamentais, como a liberdade, que podem ser postos de lado em outras áreas do Governo. (...) ¹⁹²

Prossiga-se, então, com a análise desses assuntos tratados a respeito da Suprema Corte Americana, agora sob a ótica do sistema brasileiro.

2.3.1. Argumentos contrários ao ativismo

Considerado esse panorama, cumpre delinear as razões que sustentam a postura de contrariedade ao ativismo. Que reflexos negativos, então, esses novos contornos do Supremo Tribunal poderiam acarretar em termos de governança, democracia e separação de poderes?

Como já se expôs, não há Estado de Direito desprovido de separação de poderes. Esta separação é imprescindível à organização estatal, na medida em que traz tarefas precípuas para cada qual dos Poderes, que se controlam mutuamente num sistema de freios e contrapesos complexamente estabelecido.

Anna Candida da Cunha Ferraz assim se manifesta sobre o tema:

Num país organizado em moldes de Estado Democrático de Direito, como se pretende seja o Brasil, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, é fundamental a preocupação com um esquema de

¹⁹² BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana – uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo**. Tradução do original “The Supreme Court” a cargo da Editora. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p. 17-18.

exercício do poder, particularmente com esquema que limite e controle a ação dos poderes estatais.¹⁹³

Agir o Poder Judiciário em termos de ativismo significa assumir a tarefa de legislar, ainda que por via indireta. Isso apenas contribuiria para desqualificar a separação de poderes, enfraquecendo-a e causando concentração de Poder em favor de grupos, tendo em conta que os membros do Judiciário não detêm representatividade popular para o exercício dessa função.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho chega a afirmar que: “*Sem dúvida, o Supremo Tribunal Federal tornou-se com tal poder [modular efeitos de decisão] um constituinte de segundo grau, ou de ‘revisão’, já que pode modificar a Constituição, mantendo norma que a contradiz*”.¹⁹⁴

Com relação à democracia, argumenta-se, a assunção da tarefa de legislar pelo Judiciário também traria conseqüências funestas.

Viu-se que em regimes democráticos o povo se governa por representantes selecionados em eleições, investidos na função pelo próprio povo¹⁹⁵. Isso faz com que tais governantes devam atuar em sintonia com a vontade dos representados e sob a obrigação de lhes prestar contas da atuação envidada.

Os membros do Judiciário, ao revés, não são eleitos, não atuam para atender à vontade popular, tampouco se lhes pode exigir prestação de contas. Não há, pois, como compatibilizar a tarefa de falar pelo povo com essas características mencionadas. Haveria inegável desrespeito à democracia caso se admitisse aos juízes a tarefa de legislar.

Não se trata, percebe-se, de mero desrespeito, sem conseqüências. É possível que tal agir termine por causar até mesmo uma crise institucional, já vivenciada em outras ocasiões. Nesse sentido, confira-se o escólio de Paulo Salvador Frontini:

A História revela que as grandes rupturas institucionais sempre tiveram como agente catalisador a quebra do equilíbrio entre as forças sociais que imprimem ao Estado a necessária estabilidade. Rupturas institucionais devem ser evitadas. Elas rompem certa conformação política e abrem portas ao arbítrio, à violência e à subversão. Conseqüência inevitável é a

¹⁹³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder, *in Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO*. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, nº 02, p. 34.

¹⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, *in Revista do Advogado – 20 anos da Constituição*. São Paulo: AASP, Ano XXVIII, Setembro de 2008, nº 99, p. 88.

¹⁹⁵ Conferir tópico 1.1.1 retro.

agressão aos direitos individuais e coletivos e a supressão das garantias fundamentais.¹⁹⁶

Por fim, prejuízos em termos de governança também podem ser vislumbrados nesse caso. É que a tarefa de julgar se dá de modo bipolar, via ponderação geralmente de dois lados, antagônicos, que revelam os interesses dos envolvidos no conflito de interesses.

Governar, por sua vez, exige atuação permeada por discussões em busca da melhor solução possível. Nessas discussões se processam, inclusive, os efeitos sistêmicos de eventual decisão, bem como se consideram as respectivas limitações orçamentárias ao agir. Nada disso se encontra comumente no agir tipicamente judicial, o que revela a falta de preparo para atuar em terreno político. Caso o fizesse, por certo não se aprimoraria a governança.

A assunção de função política *desmedida* pelo Poder Judiciário não se apresenta apta, portanto, à solução daqueles problemas que dão origem ao ativismo judicial. Ao revés, pode ser causa de agravamento da situação já bastante delicada que existe.

Rogério Gesta Leal ressalva no tema quando comenta algo sobre a judicialização de temas de natureza política:

Se no plano da dimensão fática é certo afirmar que os Poderes públicos instituídos têm instabilizado significativamente o equilíbrio republicano da independência e harmonia entre eles, alcançando com isso alguns pilares centrais da democracia representativa, não é menos correto asseverar que o Poder Judiciário, em particular, nos últimos tempos, tem assumido comportamentos e condutas cada vez mais amplas, judicializando temas e questões que possuem, em tese, natureza política e social atinentes também e, quiçá precipuamente, a outras esferas e espaços de deliberação pública (como o Parlamento e o Executivo)”.¹⁹⁷

De qualquer forma, nota-se que o Supremo Tribunal Federal vem se valendo cada vez mais dessas suas novas missões, a um custo ainda não passível de aferição. À guisa de controle de constitucionalidade, e pautado em razões de segurança jurídica, tem modulado efeitos de suas pronúncias de inconstitucionalidade com implicações sérias no sistema, abaladoras das estruturas institucionais.

Claudio Lembo assim se manifestou a respeito desse assunto:

O Supremo Tribunal Federal atual vem atuando com nova visão: elabora efetivamente normas, sem consciência de seus limites. Isso vem causando

¹⁹⁶ FRONTINI, Paulo Salvador. Separação de poderes – conflito entre poderes, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, nº 02, p. 68.

¹⁹⁷ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea – uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

uma quase desarmonia entre os Poderes. O Supremo Tribunal Federal se tornou um dínamo; age como titular de todos os Poderes, o que não podia ocorrer.¹⁹⁸

O Supremo de outrora julgava, vale lembrar, os casos que lhe eram submetidos e as conseqüências dos julgamentos no mais das vezes se cingiam às partes envolvidas no caso. Ainda que houvesse aí embutida alguma criação normativa (ato material de legislar), ou se alterasse uma postura consolidada, os efeitos não se espalhavam a ponto de vincular todo o restante do Poder Judiciário e a Administração Pública.

Agora, ao revés, a simples edição de uma súmula vinculante, nascida por ocasião de um julgamento em Recurso Extraordinário, por exemplo, pode se revelar mais eficaz no plano normativo do que a própria edição de uma lei pelo Congresso Nacional, ante a imediata afastabilidade, via Reclamação, de eventual ato que desrespeite o conteúdo sumulado.

Perceba-se, só com esse aspecto, que o ativismo judicial em geral não traz as mesmas conseqüências que o ativismo especialmente envidado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. Elival da Silva Ramos comenta algo de forma mais completa sobre tal diferença:

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém, torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambigüidade) da linguagem constitucional, freqüentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).¹⁹⁹

¹⁹⁸ Frase externada por ocasião da abertura dos trabalhos do XVIII – Encontro do Instituto Pimenta Bueno, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.

¹⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público

Em razão, pois, de todas as conseqüências que podem advir das decisões judiciais vazadas em sede de ativismo, mormente as do Supremo Tribunal que podem ser moduladas e se revestir de efeitos vinculantes, faz-se importante entender os limites desse novo cenário do ordenamento jurídico, ainda que seja para fins de verificação da conformidade da *praxis* atual.

Não é por acaso, aliás, que desde há algum tempo se nota uma tendência de conferir à Corte Máxima maior legitimidade de atuação, afinal suas decisões por vezes irradiam efeitos que ultrapassam o âmbito das partes envolvidas. Anna Candida da Cunha Ferraz cuidou de tema próximo a este, ao analisar a figura do *amicus curiae*:

A relevância e a freqüência do exercício da jurisdição constitucional concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, espraiando-se pela vida política, econômica e social do País, fazer crescer a necessidade de ampliar, ao máximo possível, a democratização de seu exercício. Torna-se essencial que o povo tenha acesso cada vez maior, mais definido e transparente, claro que por caminhos adequados, a este modelo de controle jurisdicional.²⁰⁰

É preciso, pois, cuidar para que se preserve a harmonia entre os Poderes, de modo a evitar um mal maior do que aquele que se busca afastar com a prática do ativismo, qual seja, o da ruptura institucional. Nas palavras de Paulo Salvador Frontini: “*Em suma, a harmonia entre os Poderes assegura a continuidade institucional. Tem por meta impedir rupturas institucionais.*”²⁰¹

São esses os principais argumentos que sintetizam a posição contrária ao ativismo judicial. Confronte-se-a com os apontamentos que seguem.

2.3.2. Argumentos pró-ativismo

Há, cumpre observar, posição diametralmente oposta à delineada anteriormente, acerca do exercício de ativismo judicial. O raciocínio, de igual modo, não deixa de ser plausível juridicamente.

visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional. 2009, p. 110-111.

²⁰⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada, in **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, nº 01, p. 54.

²⁰¹ FRONTINI, Paulo Salvador. Separação de poderes – conflito entre poderes, in **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, nº 02, p. 71.

A base teórica finca raízes no caráter alográfico²⁰² do Direito, ou seja, na idéia de que o intérprete transforma o texto positivado em norma, constituindo-a via interpretação e sob os auspícios da realidade social circundante.

Eros Roberto Grau assim explica tal caráter:

O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto. É a norma.²⁰³

Confira-se, por todos, a seguinte pensar de Roque Antonio Carrazza:

A norma jurídica não preexiste à interpretação, mas é seu produto. Não por outra razão que, com seu notável poder de síntese, Miguel Reale afirmou, com toda propriedade, que “*a norma jurídica é a sua interpretação*”. Efetivamente, o Estado (lato sensu) não dá à publicidade normas, mas simples *textos*, a cujos enunciados a atividade hermenêutica atribui *significados*. A estes significados, sim, dá-se o nome técnico de “*normas jurídicas*” (que são veiculadas em leis, decretos, portarias, sentenças, acórdãos etc).²⁰⁴ (grifos no original)

Entende-se, como é cediço, que o ato de interpretar vai além do mero compreender o texto sob exame, para atingir a realidade também. Os textos normativos conteriam, por assim dizer, uma abertura às transformações sociais, e apenas os juízes estariam qualificados pelo sistema à produção normativa por ocasião dos julgamentos a eles submetidos.

As alterações na realidade social implicariam, pois, interpretação diversa, afinal a aplicação do Direito depende de um dado lugar e tempo histórico-cultural determinado. O intérprete integrante do Supremo Tribunal Federal, desta forma, haveria de interpretar não apenas a Constituição escrita, que existe concretamente (plano do ser), mas também a Constituição real, a ser extraída do meio social (plano do dever-ser).

Eros Roberto Grau, ao cuidar da atualização do direito via interpretação, afirma:

É que a interpretação do direito encaminha a atualização do direito. Ela sempre, necessariamente, se dá no quadro de uma situação determinada e,

²⁰² Tal como uma partitura depende de um músico apto a transformá-la em sons musicais, o Direito assim o seria. Um quadro de pintura, ao revés, pode ser apreciado como arte diretamente; impescinde desse mecanismo intermediário que o músico e o intérprete do Direito efetivam.

²⁰³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

²⁰⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, *in Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008, p. 62.

por isso, deve expor o enunciado semântico do *texto no contexto histórico presente* (não no contexto da redação do texto).²⁰⁵

Ainda nas palavras de Roque Antonio Carrazza:

Evidentemente, o Direito está longe de ser estático. Como a realidade social sobre a qual ele incide é cambiante, segue-se que, a todo momento, ele se ajusta às mudanças que se operam no mundo fenomênico, fruto do avanço tecnológico, das novas concepções de vida, das alterações comportamentais dos homens e assim por diante.

Noutras palavras, novas normas jurídicas vêm a lume, na tentativa de tornar mais segura, justa e confortável a vida das pessoas.

Não bastasse isso, mesmo as normas jurídicas preexistentes passam a sofrer novas interpretações, mais consentâneas com as novas realidades sociais.²⁰⁶

A par dessas raízes teóricas, fundamenta-se também a postura pró-ativismo na idéia de que a Constituição é dotada de efetividade, o que daria respaldo a eventuais *transgressões* com o fim de preservar o sistema, levadas a cabo apenas pelo Supremo.

É que, excepcionalmente, podem surgir casos não regulados pelo regramento da normalidade, mas que demandariam a desaplicação das normas previstas para que não adviessem conseqüências danosas ao sistema. Mencione-se a título exemplificativo o julgamento no caso do Município Luis Eduardo Magalhães.

Assim consta da ementa da ADI 2.240, de relatoria do Ministro Eros Grau:

“(...) 6. A criação do Município de Luis Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação não prevista pelo direito positivo.

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado de normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. (...)”

Seja como for, o ativismo não pode gerar a distorção de sentido da norma aplicada. Assim a posição de Elival da Silva Ramos:

²⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.^a edição. São Paulo: Malheiros, p. 110.

²⁰⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, *in* **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 60.

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder, etc.) está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação constitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. (...) ²⁰⁷

Sob esse plano teórico, o STF vem agindo, por vezes, para afastar a aplicação de textos normativos, com base em pautas de interpretação da proporcionalidade e razoabilidade de leis.

A princípio, argumenta-se que não haveria nisso qualquer mácula, tendo em conta que deve haver nos ordenamentos jurídicos uma válvula de equilíbrio, em prol da equidade, a ser aplicada em casos excepcionalíssimos. Elaborar-se-ia, então, a norma de decisão do caso concreto sem que isso significasse a formulação de juízos de valor ao interpretar os textos legais. Estes textos, conquanto não aplicados em dado caso excepcional, se manteriam incólumes no sistema.

Entenda-se por norma de decisão, com base em Eros Roberto Grau:

Obtida a *norma constitucional*, ela ainda é uma regra geral e abstrata, ‘que representa o resultado intermédio do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da normatividade mediata para a *normatividade concreta*, a norma jurídica precisa de revestir o caráter de *norma de decisão*. Em suma, a *norma de decisão* é a norma jurídica aplicada a um caso concreto. ²⁰⁸

Ocorre, contudo, que nesse novo agir do Supremo o que se passa é algo diverso. E para esse ponto é que convergem as críticas contra o ativismo judicial, afinal esse tipo de atuação, em que o Supremo controla a proporcionalidade e razoabilidade, a pretexto de afirmar o que é a Constituição (seja a escrita seja a real), configura verdadeira atividade legislativa.

Ferdinand Lassale explica assim o termo “Constituição real”:

Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa *constituição real e efetiva*, integralizada pelos fatores

²⁰⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional. 2009, p. 111-112.

²⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.^a edição. São Paulo: Malheiros, p. 93.

reais de poder que regem a sociedade, e essa outra *constituição escrita*, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de *folha de papel*.²⁰⁹

A respeito desse ponto, vejam-se as palavras do Ministro Eros Roberto Grau:

Controlar a proporcionalidade e razoabilidade das leis, e formular juízos de valor ao interpretar (ADPF n.º101), implica despedaçar a segurança jurídica. Não tenho posições; apenas tomo decisões. Por isso tenho medo dos juízes.²¹⁰

Em linhas de conclusão, são estes em geral os argumentos comumente considerados a respeito do ativismo judicial. Esse contexto vai servir de base, a par de tudo o quanto já se assentou até aqui, para o tratamento da problemática da modulação de efeitos com fundamentação na segurança, em julgados recentes de inconstitucionalidades proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

2.4. Segurança jurídica como razão de modulação em julgados

Sobejam julgados que podem servir de exemplo ao presente tópico. Não faz sentido, contudo, analisá-los integralmente. Assim, fez-se uma seleção de casos, para fins de análise mais detalhada, orientada pela medida do quanto interessem mais agudamente a expor aspectos tratados neste trabalho.

Serão expostos casos em que a fundamentação da modulação se conforma exatamente com as bases teóricas acerca da segurança jurídica, e casos em que isso parece não ocorrer. Por vezes, razões de segurança jurídica são invocadas exatamente para fundamentar o não cabimento de modulação em certo caso.

Em cada ponto seguem as anotações e explicações pertinentes.

Antes disso, seguem apenas algumas ementas, ou trechos de votos, extraídos do sítio eletrônico do STF, a título de exemplificação de possíveis usos da segurança jurídica para modulação ou não de efeitos.

Segurança jurídica como base para gerar repetição de indébito tributário, ou seja, para não haver modulação de efeitos²¹¹:

²⁰⁹ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução do original “Über die Verfassung” por Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p. 25.

²¹⁰ Frase final de conferência, externada por ocasião do XVIII – Encontro do Instituto Pimenta Bueno, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.

²¹¹ Faça-se um contraponto, ao depois, com o julgamento analisado no item 2.4.2, em que a modulação se valeu de razões de segurança jurídica para impedir, em certa medida, a repetição de indébitos tributários.

A possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei específica. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 29/00, o Tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. **Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões.** Pelo contrário, a jurisprudência da corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente. Agravamento regimental a que se nega provimento." (RE 392.139-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-4-05, DJ de 13-5-05). No mesmo sentido: RE 543.085, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 5-12-07, DJE de 20-2-08; AI 410.653-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 4-12-07, DJE de 1º-2-08; AI 584.908-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 17-12-07, DJE de 13-2-08; RE 407.813, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 7-8-07, DJ de 17-8-07.

Não cabimento da modulação no controle de atos pré-constitucionais:

“Considerações sobre o valor do ato inconstitucional – Os diversos graus de invalidade do ato em conflito com a Constituição: ato inexistente? ato nulo? ato anulável (com eficácia ex tunc ou com eficácia ex nunc)? – Formulações teóricas – O *status quaestionis* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: técnica inaplicável quando se tratar de juízo negativo de recepção de atos pré-constitucionais.**” (AI 589.281-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-9-06, DJ de 10-11-06)

Em sentido inverso, pelo cabimento da modulação de efeitos em casos de controle de atos pré-constitucionais, o que implicaria concretamente também a não repetição de indébitos tributários:

No AgRRE 395.902, relatado por Celso de Mello, em decisão prolatada junto à 2ª Turma, decidiu-se que o caso seria de não recepção de norma pré-constitucional, e que conseqüentemente não se aplicaria a regra do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Naquela ocasião, determinou-se que ‘(...) Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica de modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional’. Acompanho Celso de Mello, porém quero deixar consignado que, no meu entender, a técnica de modulação dos efeitos pode ser aplicada em âmbito de não recepção. O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *the unconstitutional statute is not law at all*, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre

inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. **Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.** (...) Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio. No caso presente, não se cuida de inconstitucionalidade originária decorrente do confronto entre a Constituição e norma superveniente, mas de contraste entre lei anterior e norma constitucional posterior, circunstância que a jurisprudência do STF classifica como de não recepção. É o que possibilita que se indague se poderia haver modulação de efeitos também na declaração de não recepção, por parte do STF. Transita-se no terreno de situações imperfeitas e da ‘lei ainda constitucional’, com fundamento na segurança jurídica. (...) Entendo que o alcance no tempo de decisão judicial determinante de não recepção de direito pré-constitucional pode ser objeto de discussão. E os precedentes citados comprovam a assertiva. Como demonstrado, **há possibilidade de se modular os efeitos da não-recepção de norma pela Constituição de 1988**, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional. Não obstante, não vislumbro justificativa que ampare a pretensão do recorrente, do ponto de vista substancial, e no caso presente, bem entendido.” (AI 631.533, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 12-3-07, DJ de 18-4-07)

Invocação da segurança jurídica ao modular efeitos com o fim de manter situações consolidadas:

“Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade do artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, proponho, porém, a aplicação ex nunc dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do Diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos ex tunc. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos ex tunc não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. **Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas**

situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos ex nunc da declaração de inconstitucionalidade.” (ADI 3.615, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 30-8-06, DJ de 9-3-07)

Segurança jurídica como supedâneo para modulação de efeitos, e assim não se proceder ao desfazimento de atos administrativos:

“Servidor público: provimento derivado. Inconstitucionalidade: efeito *ex nunc*. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos, 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17-2-1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27-8-1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 25-6-1999. **Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.**” (RE 442.683, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-12-05, DJ de 24-3-06)

Ainda, segurança jurídica no bojo das razões de modular efeitos de inconstitucionalidade, com o fim de manter atos jurídicos perfeitos:

“É inconstitucional, por afronta ao art. 61, §1º, II, c, da Constituição, o art. 176 da Lei Complementar/PR 14/82, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar/PR 93/02, de iniciativa parlamentar, que dispôs sobre regras especiais de aposentadoria do policial civil. Aplicação ao caso do art. 27 da Lei nº 9.868/99 para dar **eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar/PR 93/02, de modo a preservar a situação jurídica de todos os servidores aposentados até a data da sessão deste julgamento.**” (ADI 2.904, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15-4-09, Plenário, DJE de 25-9-09)

Por fim, tem-se a consagração do princípio da segurança jurídica a orientar a não modulação de efeitos, novamente em sede de não reconhecimento de direitos tributários de contribuintes:

“IPI - Insumo - Alíquota Zero - Creditamento - Inexistência do direito - Eficácia. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.” (RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-6-07, DJE de 7-3-08)

Como já se mencionara linhas atrás, sobejam julgados que poderiam ser encartados nesse tópico. Perceba-se, com base nesses ora escolhidos, o quanto é de fato tormentoso o assunto de que se trata, e que permeia a atividade da Suprema Corte diuturnamente.

Os temas de fundo também são complicados e as decisões por vezes se mostram conflitantes. Assim, ora se procede à modulação, ora não se procede à modulação, com base no mesmo fundamento: segurança jurídica. Daí a razão de não se adotar posturas *a priori* quando se tratou, linhas atrás, das posturas de crítica ou apoio à atividade do Supremo ao exercer o controle de constitucionalidade nesse terreno.

Em temas que envolvem tributação, modular efeitos normalmente se liga à consequência de impedir eventual devolução de quantias recolhidas pelo Estado indevidamente. Fundamentação pautada em segurança jurídica em alguns instantes sinaliza que a devolução se faz imprescindível, afinal não se há admitir enriquecimento indevido do Estado, tampouco que leis inconstitucionais surtam efeitos no ordenamento. Noutras vezes a mesma fundamentação conduz à preservação dos efeitos, de modo a acobertar enriquecimento indevido do Estado de igual diapasão.

Em termos lógicos, algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Logo, há algo que não soa perfeito em alguma parte desses julgados. Vejam-se, então, dois casos com maior profundidade na análise.

2.4.1. Os julgamentos de leis estaduais criadoras de Municípios

O tema foi objeto das ADI's n.º 2.240, 3.316, 3.489, 3.689, dentre outras, e razões de segurança jurídica foram o fundamento para a pronúncia de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*. Quais seriam, nesses exemplos, as respostas àquelas três ordens de preocupações, já referidas²¹²?

Quanto à primeira preocupação, sobre ter havido invasão à tarefa do Legislador, não parece ser o caso. Ao contrário, esses exemplos mostram que os limites da função jurisdicional do Supremo foram observados. Não se criou Direito novo (de caráter geral e abstrato) por obra do agir da Corte, o que permite afirmar que sua atividade não causou ingerência na função legislativa. Apenas se laborou em termos de proteção jurídica ao ordenamento, ainda que ao custo de admissão de efeitos emanados de leis inconstitucionais.

²¹² Vide texto referido em nota de rodapé n.º 181, retro.

No que respeita à formalidade legal da modulação, vislumbra-se presente no contexto fático exatamente aquilo que se elevou a razões de decidir em sede de modulação de efeitos (segurança jurídica e excepcional interesse social). Não modular efeitos aí implicaria o desfazimento de um sem-número de atos praticados em prol da coletividade, na gerência do bem comum, o que significaria inegável afronta à segurança jurídica. E tal desfazimento apenas teria por fundamento a proteção da higidez constitucional, que no presente caso se mostrou menos importante frente à preservação dos efeitos das leis inconstitucionais.

Por fim, quanto ao conteúdo da modulação efetivada no caso concreto, de igual forma não parece ter havido qualquer mácula material face à Constituição.

2.4.2. O julgamento de que derivou a Súmula Vinculante n.º 08

O advento do verbete n.º 08 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal está ligado às decisões proferidas nas sessões plenárias ocorridas em 11 e 12 de junho de 2008 em que, ao negar provimento aos recursos extraordinários n.º 560626, 556664, 559882 e 559943, interpostos pela União Federal, este Tribunal declarou, em votação unânime, a inconstitucionalidade dos dispositivos encartados nos artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n.º 1569, de 8 de agosto de 1977.

Entendeu-se que tais dispositivos de natureza ordinária afrontavam a Constituição por veicularem matéria reservada à lei complementar²¹³, que é o veículo introdutor adequado para normas gerais em direito tributário.

2.4.2.1. Conteúdo da súmula e detalhes do julgamento

Vejam-se os termos em que lançada a Súmula Vinculante n.º 8:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os artigos 45 e 46 mencionados contemplavam prazos de 10 (dez) anos para decadência e prescrição das contribuições de Seguridade Social, prazos esses diferenciados face aos de 05 (cinco) anos contidos no Código Tributário Nacional para os demais tributos.

²¹³ Artigo 146, III, “b”, da Constituição Federal de 1988.

O artigo 5.º, parágrafo único, do Decreto-lei 1569/77, por sua vez, previa hipótese de suspensão do curso do prazo prescricional enquanto mantido o sobrestamento da cobrança de débitos considerados de pequeno valor. Sua inconstitucionalidade²¹⁴ foi declarada apenas quanto à sua aplicação a débitos de natureza tributária; aos demais se mantém hígido o enunciado, capaz portanto de fazer incidir a suspensão nele prevista.

Com tal declaração de inconstitucionalidade, decidiu-se ser o Código Tributário Nacional²¹⁵ a lei aplicável às contribuições sociais, em tema de prescrição e decadência.

Em suma, o essencial é que a tributação de contribuições sociais foi afetada quanto aos prazos decadencial e prescricional, que passaram de 10 (dez) anos para 05 (cinco), e deixou de haver a suspensão do curso do prazo prescricional para os casos de arquivamento administrativo em razão de baixo valor.

2.4.2.2. Conteúdo da modulação de efeitos face ao contexto tributário

Demais disso, ainda houve por bem o Supremo Tribunal Federal restringir a eficácia da declaração de inconstitucionalidade²¹⁶ dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212, de 1991, de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito dos valores pagos, salvo quando pleiteada a repetição ou compensação, judicial ou administrativamente, antes da conclusão do julgamento, isto é, 11 de junho de 2008.

São essas as palavras do Ministro Relator, em trechos do julgado:

(...) “Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.”

“Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.”

(...) “Nesse sentido, o Fisco resta impedido de exigir fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN as contribuições da Seguridade Social.

²¹⁴ Artigo 18, § 1º, da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

²¹⁵ Artigos 150, § 4º, 173 e 174.

²¹⁶ Artigo 4º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se pleiteada a repetição ou compensação de indébito, judicial ou administrativamente, antes da conclusão do julgamento, em 11.6.2008.

Em outras palavras, créditos pendentes de pagamento não podem ser cobrados, em nenhuma hipótese, após o lapso temporal quinquenal. Por outro lado, créditos pagos antes de 11.6.2008 só podem ser restituídos, compensados ou de qualquer forma aproveitados, caso o contribuinte tenha assim pleiteado até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela via administrativa.” (...)

Diante destes termos, restou vedada ao Fisco a realização de qualquer ato de cobrança, administrativamente ou em via judicial, em relação aos débitos abrangidos pela decisão, a par da obrigação fixada para restituir o indébito assim considerado²¹⁷. Noutra giro, também restou vedado o ajuizamento de novos pleitos repetitórios, dado que eventual restituição de indébito somente será possível para pedidos efetivados até a data do julgamento.

Ante esse panorama, vejamos quais seriam as respostas àquelas três ordens de preocupações.

Parece ser inegável que os Ministros do Supremo Tribunal Federal teriam “atravessado” a praça ao proferirem a modulação nestes termos, ou, em outras palavras, teriam invadido indevidamente a tarefa de legislar, se bem que nem mesmo o próprio legislador poderia dar vazão a leis de igual conteúdo, sem a pecha da inconstitucionalidade.

É que houve, por ocasião da modulação, verdadeira criação normativa, de caráter geral e abstrato, com supedâneo em escolhas que tipicamente são da seara política, merecedora de toda sorte de debates por parte dos representantes populares escolhidos para tanto. Não se deu, pois, apenas a disciplina dos efeitos de um julgamento de inconstitucionalidade. O Tribunal agiu em sede de ativismo judicial, foi além de seu mister e criou “lei” para disciplinar o caso, dando azo a que se fizessem presentes todas aquelas críticas delineadas na postura de quem se posiciona contrariamente ao ativismo²¹⁸.

²¹⁷ Sobre a postura da Administração Tributária Federal para fins de conferir cumprimento ao julgado, por decorrência do efeito vinculante, bem assim sobre outros detalhes do tema, confira-se nosso:

RIBEIRO JUNIOR, Glaucio Vasconcelos. **Reflexos sobre a prescrição e decadência tributárias e outras repercussões da Súmula Vinculante nº 8**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2309, 27.out.2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13740>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

²¹⁸ Vide item 2.3.1 desta dissertação.

Sobre ter havido efetiva conformação entre a fundamentação da decisão em razões de segurança jurídica e a situação fática subjacente ao julgado (2.^a preocupação), de igual forma, tudo indica que a modulação também não se mostra escorreita.

É que razões de segurança jurídica, em quaisquer dos sentidos que se possa emprestar ao termo, não conduzem jamais à conclusão de que devam ser protegidos atos inconstitucionais do Poder Público de privação obrigatória do patrimônio particular.

Todo o agir de entes públicos deve se pautar em permissões expressas do sistema. Ao Estado, como se sabe, não é dado fazer qualquer coisa senão por expressa autorização do Direito. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao princípio da legalidade*”.²¹⁹ De igual forma, e com ainda mais razão, na senda tributária.

Só há tributar, higidamente, nos exatos quadrantes do quanto permitido pela Constituição e demais normas confeccionadas validamente sob a sua égide. Tudo o que porventura sobressair deste contorno significa desrespeito ao direito fundamental de ser tributado apenas sob tais condições. Há, pois, inconstitucionalidade, que inquina de nula a tributação enredada, por desrespeito a normas várias da Carta Maior.

O mínimo que se espera de uma tributação inconstitucionalmente realizada é que se desfaçam os atos de atingimento indevido do patrimônio, procedendo-se às possíveis restituições, com observância das respectivas normas decadenciais e prescricionais envolvidas. Tudo isso sim é que significa homenagem à segurança jurídica.

Roque Antonio Carrazza não deixa margem a dúvidas ao afirmar:

Noutras palavras: o tributo, de algum modo, esgarça o direito de propriedade. Ora, na medida em que o direito de propriedade é constitucionalmente protegido, o tributo só será válido se, também ele, deitar raízes na Constituição.

(...) Por fim, a Carta Suprema arrolou um verdadeiro arsenal de direitos fundamentais que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, ao levarem a efeito a tributação, devem respeitar.²²⁰

No início desta dissertação, procedeu-se à localização do tema no contexto do Estado de Direito, e por ocasião do tratamento dos direitos fundamentais, falou-se algo

²¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

²²⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 392-393.

sobre os deveres fundamentais, também.²²¹ Até aqui, tem-se falado sobre o direito fundamental de ser tributado de forma escorreita, com críticas à modulação de efeitos do julgado sob exame que descurou desse aspecto.

O reverso disto, nunca é demais lembrar, é o que se pode chamar de dever fundamental de pagar tributos, isto é, observadas que sejam todas as condições em que se torna possível tributar, impõe-se o dever tributário de pagar, sendo absolutamente írrito qualquer postura tendente a fazer disso tábula rasa, posto atentar em última análise contra o Estado de Direito do qual todos se beneficiam.

José Casalta Nabais, em sua tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, apresenta o seguinte pensar sobre tal dever tributário:

Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero **poder** para o estado, nem como um mero **sacrifício** para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em **estado fiscal**. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria acção (económico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que se não possa falar num (pretensão) **direito fundamental** a não pagar impostos.²²² (grifos no original)

Marcos Aurélio Pereira Valadão se utiliza, a respeito do mesmo assunto, do termo *direito de pagar tributos*:

Esta forma de compreender o problema supera a questão do dever/direito, i.e., pagar tributos constitui-se em *dever*, no sentido de que se tem o *direito* de se exigir do Estado a manutenção das garantias fundamentais e a efetividade dos direitos humanos, e o pagamento seria o dever correspondente ao direito. Daí o questionamento: tem-se o direito porque se tem o dever ou tem-se o dever porque se tem o direito? Não. Na verdade, a questão não deve ser colocada nem de uma forma nem de outra. O entendimento que supera esta aporia é o de que pagar tributos é um direito fundamental.²²³ (grifos no original)

Nomenclatura à parte, é certo que toda a tributação está envolta por temas de direitos e deveres fundamentais. São inadmissíveis, pois, por essa ótica, não apenas o ato de tributar que desdenhe dos respectivos direitos fundamentais dos contribuintes, como também o ato de se furtar à tributação, em desrespeito ao dever fundamental correlato.

Isso tudo é que foi atingido frontalmente por ocasião da modulação de efeitos perpetrada pelo Supremo Tribunal, ora sob exame, a confirmar, inclusive, que o agir deste

²²¹ A propósito, confira-se o item 1.1.3 retro.

²²² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 679.

²²³ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Direitos humanos e tributação – uma concepção integradora, *in Revista Direito em Ação*, Brasília, 2001, vol. 2, n.º 1, p. 221-241.

tribunal traz implicações de suma importância no ordenamento, razão por que já se assentou que deve ser efetivada sob cuidados máximos.

A propósito, veja-se a seguinte reflexão de José Souto Maior Borges:

A justiça fiscal não deve temer o passo atrás, em direção à aurora romana do *suum cuique tribuere*; justiça fiscal é também ela a arte de dar a cada um (p. ex., fisco/contribuinte) o que é seu. O estatuto tributário é não só do contribuinte. É do fisco e contribuinte numa relação isonômica. **Ao fisco o que é do fisco, mas só o que é dele. Ao contribuinte somente o que lhe pertence.**²²⁴ (...) (grifos nossos)

Betina Treiger Grupenmacher alude à necessidade de permear-se o ambiente da tributação com tons éticos. Em seus dizeres:

Enfim, o que se quer afirmar com a necessidade da adoção de uma postura ética por parte do cidadão contribuinte é que observe, com rigor e pontualidade, o seu dever inafastável de pagar tributos. Por outro turno, também eticamente deve se conduzir o Estado ao exercer o poder de imposição tributária, observando fielmente o Estatuto do Contribuinte e os direitos fundamentais nele assegurados.²²⁵

A modulação sob comentário, impõe dizer, apresenta teor normativo que destoia flagrantemente dessa premissa anteriormente exposta, vez que, no seu bojo, encontra-se legitimada uma certa tributação que se efetivou externamente aos quadrantes permitidos. E razões de segurança jurídica em lugar algum justificam esse tanto.

Demais disso, ainda se nota que, por ocasião da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade fixada nos julgamentos, perpetrou-se verdadeira afronta aos direitos fundamentais de acesso à justiça e ao que se vem chamando de Estatuto do Contribuinte (mormente quanto à igualdade tributária), novamente sob o pretexto de se realizar segurança jurídica. E aqui se chega àquela terceira ordem de preocupações, a ser tratada no tópico seguinte.

Esclareça-se, antes disso, o conteúdo desse termo “Estatuto do Contribuinte”, segundo demarcação de Paulo de Barros Carvalho:

Define-se o estatuto do contribuinte, ao pé de nossa realidade jurídico-positiva, como a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre matéria tributária, que positiva ou negativamente

²²⁴ BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo, *in Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1994, n.º 63, p. 209.

²²⁵ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais, *in Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 12-13.

estipulam os direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões impositivas do Estado.²²⁶

Passe-se à terceira resposta, sobre a conformação material da modulação face à Constituição Federal.

2.4.2.3. Inconstitucionalidade material desta modulação de efeitos

Os resultados fiscais arrecadatários, ano a ano, não decorrem, como é cediço, de uma tributação absolutamente incólume a ilegalidades. Por vezes a legislação é confeccionada com vícios, ou seja, fora daqueles mencionados quadrantes que a Constituição delimitou para o fim de tributação legítima. Não por outra razão há inúmeros exemplos de inconstitucionalidades de leis tributárias declaradas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

Ocorre, porém, que apesar de se chegar ao ponto de infirmar a validade de tal ou qual lei impositiva, vem-se notando uma tendência da Corte Maior de modular efeitos dos seus julgados, com vistas a evitar que sejam repetidos indébitos tributários muitas vezes de elevadíssima monta. Assim ocorreu no caso sob análise.

Essa preocupação, conquanto extra-jurídica, percorre claramente as discussões judiciais, influenciando-as a ponto de se fazer do ilegítimo legítimo, com a força da coisa julgada. Assim, o Tribunal Maior se põe a afirmar que não cabe repetir indébitos, nas condições que a seu talante são fixadas, sob o fundamento retórico da segurança jurídica.

Nestas condições é que se intrometem as inconstitucionalidades do ponto de vista material, e no presente caso significam afronta aos direitos fundamentais de acesso ao Judiciário e ao princípio da igualdade.

Acerca do acesso à justiça, Anna Candida da Cunha Ferraz observa que:

O princípio da proteção jurisdicional de direitos é considerado o terceiro princípio caracterizador do Estado de Direito. Nesse sentido é visto por Canotilho, sob o rótulo de “princípio de acesso à justiça”, ao enfatizar: “A garantia do acesso aos tribunais é uma concretização do princípio estruturante do Estado de Direito”. Na Constituição brasileira, por definição, a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais é princípio base do Estado Democrático de Direito, já que sobre o Poder Judiciário

²²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Estatuto do contribuinte, direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuintes, *in Revista de Direito Tributário*. São Paulo: RT, 1979, n.º 7-8, p. 138.

repousa, indelevelmente, a missão de tutela efetiva dos direitos fundamentais.²²⁷

Não se desconhece a posição segundo a qual seria uma contradição considerar que o Supremo Tribunal Federal, ademais de descumprir essa referida missão de tutelar direitos fundamentais, possa contradizer a Constituição, ao realizar sua tarefa de *dar a última palavra* sobre seu conteúdo. Tal posição segue noticiada por João Maurício Adeodato, ao afirmar:

Inclusive na discussão tradicional sobre a hierarquia das fontes e a submissão do juiz à lei, aparece uma dogmática “judicialista”, segundo a qual a cúpula do Judiciário não pode contradizer a Constituição, em última análise, pois a própria Constituição afirma que quem diz o conteúdo do texto constitucional é o Judiciário. Pode haver uma decisão judicial momentaneamente *contra legem*, mas dizer que uma decisão definitiva da corte constitucional é contrária à lei representa uma *contradictio in terminis*.²²⁸

Admita-se, contudo, que nada desse julgamento caminha no sentido da realização do Estado de Direito. Ao contrário, vislumbram-se desrespeitos ao princípio da segurança jurídica e aos direitos fundamentais, seja em sentido geral, seja no viés tributário (dos direitos fundamentais dos contribuintes).

Betina Treiger Grupenmacher, a propósito, entende exatamente assim:

Assim, a segurança jurídica realiza-se quando é observado, na sua plenitude, o Estatuto do Contribuinte e, em consequência, o princípio da igualdade, norteador da segurança jurídica, posto que intrínseco à natureza humana.²²⁹

Extrai-se do teor da modulação da decisão sob exame que todos aqueles contribuintes que porventura não tenham pleiteado eventual repetição de indébito (fator de desigualação do princípio da igualdade²³⁰) não mais poderão fazê-lo. Assim, legitimou-se alguma tributação operada externamente aos quadrantes do quanto autorizado pelo sistema, com base em *discrimem* que não guarda correlação lógica abstrata com o direito ao indébito. Como é cediço, a existência do direito ao indébito independe da circunstância de ter havido prévio pleito judicial a respeito.

²²⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, *in* **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifio, 2009, p. 151.

²²⁸ ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário, *in* **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifio, 2005, ano 05, nº 05, p. 101.

²²⁹ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais, *in* **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 14.

²³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.^a edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

Isso, em outra leitura, significa a um só tempo impedir o acesso ao Judiciário, em flagrante desigualdade tributária entre os contribuintes, e validar o enriquecimento sem causa do Estado. São, pois, afrontas aos direitos fundamentais previstos no artigo 5.º, incisos I e XXXV, da CF/88, e ao direito fundamental de ser tributado apenas na conformidade da permissão constitucional.

Quanto à possibilidade de se falar em igualdade perante a “norma julgada”, e não apenas perante a Lei, veja-se o seguinte trecho de Márcia Regina Luso Cadore:

A igualdade perante a lei não pode ser compreendida, modernamente, apenas como igualdade perante a “norma legislada”, mas também perante a “norma julgada”, ou seja, perante a lei aplicada ao caso concreto, interpretada pelo órgão encarregado de prestar jurisdição.²³¹

Sérgio Shimura menciona a razão da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, na seguinte passagem:

Com efeito, na medida em que o Estado retirou do particular o direito de buscar e fazer justiça pelas próprias mãos, incumbiu-se de fazer veicular todas as pretensões dirigidas à proteção de seus direitos e de outorgar o devido serviço judiciário.²³²

Por outro lado, todos aqueles contribuintes que sonegaram contribuições sociais (à luz dos prazos decenais de então), em vez de honrarem seus deveres tributários, agora se vêem em posição recompensadora se comparada à daqueles que pagaram (cumprindo seus deveres sob a crença da presunção de legitimidade da lei), mas não pleitearam eventual devolução com fulcro nas inconstitucionalidades reconhecidas pelo Supremo.

Isso, indiretamente (observada a presunção de legitimidade das leis), é um descabido incentivo ao desrespeito de deveres tributários, nascido por obra da Corte Maior do País, que labora em detrimento da consciência fiscal nacional já tão esvaziada de posturas éticas. De igual modo, resta incentivada também a atividade legislativa impositiva de exações, que a despeito de se verificar inconstitucional não implica necessariamente a repetição dos respectivos indébitos.

Sendo assim, não se há falar em homenagem ao princípio da segurança jurídica na modulação sob enfoque, porque dele deflui exatamente o inverso disto tudo que fora dito,

²³¹ CADORE, Marcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 24.

²³² SHIMURA, Sérgio. O princípio da inafastabilidade da jurisdição revelado por meio do recurso de embargos de declaração, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2007, ano 07, nº 02, p. 146.

ou seja, que deve ser respeitada a supremacia constitucional, bem assim e especialmente todos os ditames basilares do sistema jurídico.

O próprio guardião da Constituição não pode, a pretexto algum, vilipendiar os valores mais caros ali tracejados, e isso parece ter ocorrido infelizmente no presente caso.

Em reflexão a respeito de assunto conexo (as distorções interpretativas acerca de princípios), Paulo de Barros Carvalho concluiu que:

Transportando-se essa reflexão para o domínio dos sobreprincípios, em particular o da “segurança jurídica”, é possível dizermos que não existirá, efetivamente, aquele valor, sempre que os princípios que o realizem forem violados.²³³

Infelizmente é isso que se passa nos meandros do preceito sumulado sob enfoque. Preocupações extrajurídicas, sejam de ordem financeira, sejam relativas à quantidade de processos que tramitariam no Poder Judiciário após a decisão em tela, por certo, também fizeram com que fosse editada a súmula vinculante nº 08, e sua respectiva modulação de efeitos, mas da forma como isso se efetivou não apenas se conferiu certeza jurídica (para os casos sub-judice ou pendentes de análise, o que é elogiável) como também se violentou a própria Constituição, a pretexto de salvaguardá-la.

João Maurício Adeodato, em trabalho em que trata da crise do Judiciário, observa algo um tanto próximo ao que se mencionou sobre tais preocupações extrajurídicas. Em seu sentir:

Ao decidir, o Judiciário lança mão de critérios, fornecidos não apenas pelas fontes do direito, mas também pelas inclinações pessoais de cada juiz, todos ‘inseridos em um contexto de indeterminação’ que é simplesmente impossível de esclarecer em sua totalidade.²³⁴

Esse mister, definitivamente, não incumbe ao Supremo Tribunal Federal. E nada mais há por fazer, além de se cogitar de um controle de constitucionalidade de decisões do próprio Supremo, como já referido a título de absurdo no presente trabalho.²³⁵ Como disse Oreste Ranelletti sobre o sistema italiano, “*Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione.*”²³⁶

²³³ CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. 2003, vol. 98, p. 178.

²³⁴ ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte e da concretização da Constituição pelo Judiciário, in **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2009, p. 82.

²³⁵ Confira-se a parte final do item 1.2.5.2.

²³⁶ RANELLETTI, Oreste. *Instituzioni di diritto pubblico, il nuovo diritto pubblico della repubblica italiana*. 13.^a edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951, parte II e III, p. 155.

Melhor teria sido que a declaração de inconstitucionalidade não discriminasse situações pelo critério da “existência de prévio pleito”, a permitir ou não eventual repetição de indébitos. A descriminação encetada é que gerou a aludida afronta ao princípio da igualdade.

A propósito, veja-se o seguinte caso, analisado por Eurico Marcos Diniz de Santi e Paulo César Conrado:

Lei tributária (Lx) é produzida e instalada com presunção de validade no sistema jurídico brasileiro. Ocorre o fato jurídico-tributário previsto em Lx, procede-se ao Lançamento tributário e o contribuinte (Cx) efetua o pagamento, extinguindo a obrigação tributária constituída pelo lançamento. Suscitada, na doutrina, dúvida sobre a constitucionalidade de Lx, Cx ingressa com ação de repetição do indébito tributário. Processada, a ação é julgada improcedente, transitando em julgado a sentença (Sx).

Posteriormente ao trânsito em julgado de Sx, o Supremo Tribunal Federal declara, em ação direta (ADInx), a inconstitucionalidade de Lx.²³⁷

Mais adiante, estes autores respondem assim à seguinte indagação:

Caso o contribuinte (Ca) não tivesse ajuizado ação de repetição do indébito e ainda não tivesse decorrido o respectivo prazo de prescrição, a decisão que declarou inconstitucional Lx, no exercício do controle direto de constitucionalidade teria o condão de servir como fundamento para ação de repetição do indébito? O juízo poderia decidir de forma contrária à ADInx?

Sim (sobre a primeira pergunta). O trânsito em julgado da decisão produzida na ADInx tem o condão de servir como fundamento para ação de repetição do indébito, instalando no sistema, objetivamente, o reconhecimento jurídico da inconstitucionalidade da lei Lx, em regra, com efeitos *ex tunc*.

Tendo a Lei (Lx) servido de fundamento para “incidência”, lançamento e pagamento do crédito tributário do contribuinte (Cx) e não tendo seus efeitos se consolidado no tempo, mediante o decurso do prazo de prescrição, então a decisão em ADIn pode servir como fundamento para atacar judicialmente os efeitos da “incidência”, do lançamento e do pagamento do crédito.²³⁸

A título de arremate, cumpre ainda tecer mais uma observação. Caso não houvesse a modulação de efeitos no presente julgamento, onde estaria o risco de insegurança jurídica? Eventuais indébitos tributários, ainda não levados a discussão judicial, teriam de ser ressarcidos, tal como estão sendo devolvidos aqueles que a modulação assim permitiu.

Tradução livre do autor: “Contra a decisão da Corte Constitucional não cabe qualquer impugnação”.

²³⁷ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo César. Controle Direto de Constitucionalidade e Repetição do Indébito, in **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: vol. 86, p. 27.

²³⁸ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo César. Controle Direto de Constitucionalidade e Repetição do Indébito, in **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: vol. 86, p. 32.

Realmente, não há resposta a tal afirmação, ainda que se considere todo aquele arsenal de conteúdo que a segurança jurídica pode trazer consigo. As respostas dadas a essa pergunta, ao contrário, só reafirmam que as causas da modulação sob foco se pautaram em preocupações não jurídicas, de ordem econômico-fiscais, ligadas a contas públicas, ou referentes à economia de processos judiciais.

Tudo isso só leva a crer que há, na atual conformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, um sintoma de que o próprio Estado desdenha de algo de suma importância no Estado de Direito (respeito aos direitos fundamentais e à segurança jurídica). Nesse momento, em que se nota que o sistema padece de um mal muito sério, é preciso ao menos perceber as causas do problema, antes de caminhar em busca de soluções.

CONCLUSÃO

O atual cenário político-jurídico brasileiro passa por uma situação de inegável crise institucional e do Direito, revelada por uma legislação altamente confusa e pelo enfraquecimento dos Poderes de Estado frente ao agigantamento do Poder Judiciário.

Novos instrumentos de atuação conferidos ao Supremo Tribunal Federal, dentre os quais se encontra a possibilidade de edição de súmulas vinculantes e de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conferiram-lhe o ferramental necessário para tornar muito mais efetivo o exercício da jurisdição constitucional.

O que a princípio pode parecer vantajoso ao ordenamento jurídico, em razão do alcance dessa maior efetividade no exercício da jurisdição constitucional, por outro lado configura um risco diuturno de incômodo institucional, apto a abalar as estruturas da separação de Poderes do Estado de Direito.

Tudo fica na dependência da respectiva atuação a ser engendrada pelo Tribunal Maior da República. Seu agir, assim, tanto pode ensejar aplausos, por absoluta conformação ao sistema jurídico, como pode configurar irrita afronta aos ditames mais caros ao Estado. A linha divisória entre ambos os extremos é bastante tênue.

Assim, por meio do mesmo arsenal de instrumentos, faz-se bastante fácil caminhar por quaisquer desses territórios antagônicos. Buscou-se demonstrar na presente dissertação que o Supremo Tribunal já assentou suas pilastras em ambos os lados, conquanto jamais devesse ter abandonado aquele em que se prima pela realização do Direito.

Apontou-se ser altamente danoso ao Estado de Direito o trilhar pelo lado oposto, em que a separação de poderes é ofuscada e os direitos fundamentais relegados a segundo plano, o que aliás traz consigo iminente risco de perturbação institucional, apto a causar rupturas na harmonia entre os Poderes e desestruturar toda a conformação democrática angariada após décadas de regime político de exceção.

Não se pode olvidar, em meio a essa situação, que o exercício do poder tende a ser ilimitado caso não lhe sejam fixadas barreiras. E o advento dessa limitação se faz imperiosa, sob pena de se verificar no país o governo dos juízes, por preponderar acima não apenas dos demais poderes estatais como também da própria Constituição.

Com o presente estudo, em que se apontaram os acertos e os equívocos, com a devida *venia*, da atuação do Supremo Tribunal Federal, ofertam-se alguns esclarecimentos

acerca de como deve se pautar a modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, modulação esta fundamentada em razões de segurança jurídica e a respeito do que, em última análise, só mesmo este Tribunal vai poder dizer os limites.

Daí terem sido expostos nesta dissertação os contornos teóricos da segurança jurídica e do sistema nacional de controle de constitucionalidade atual, assuntos básicos para fins de desenvolvimento específico desse instrumental da modulação. Fez-se isso sob a ótica do Estado de Direito, que é o assunto que contextualiza todos os demais.

Concluiu-se, por ocasião dessa exposição, que no Estado de Direito não se admite que a atuação estatal se faça livremente; ao contrário, deve o Estado irrestrita observância aos ditames do ordenamento, e só assim será possível o alcance de sua finalidade primeira, que é a busca do bem comum.

No contexto do Estado de Direito, portanto, qualquer atuação estatal deve pautar-se pelo respeito absoluto à Constituição, à segurança jurídica e aos direitos fundamentais. Não se toleram desrespeitos de qualquer ordem quanto a esse assunto, em especial por parte de do Estado, a quem incumbe protegê-los.

Fixou-se que a segurança jurídica é uma decorrência do Estado de Direito, e sua observância, de igual modo, deve ser absoluta, assim na atividade do legislador como nas esferas administrativa e judicial. Acerca de seu conteúdo, tentou-se sistematizar um sem-número de posições doutrinárias, cada qual com uma acepção própria do termo, o que ficou de certo modo reforçado com a contribuição pessoal do autor.

Quanto ao controle de constitucionalidade, por sua vez, várias informações foram apontadas, sem qualquer pretensão também de esgotar o assunto. Apenas o que interessou mais de perto é que foi selecionado, e nesse diapasão restou demonstrado que o sistema de controle brasileiro está em flagrante processo de aprimoramento e mudança de perfil. Caminha, há longo tempo, em rumo à conformação do modelo concentrado, com diminuição gradual de importância da via difusa.

Defendeu-se que o ato de modular efeitos deriva da própria função de controle de constitucionalidade, ou do princípio da segurança jurídica, independentemente de norma autorizadora expressa, e que à Corte excelsa não cabe agir discricionariamente a respeito. Configura, assim, um mecanismo de confere ao sistema de fiscalização da constitucionalidade eficácia flagrantemente maior, em termos de operacionalidade.

Sobre seu mecanismo, assentou-se que consiste o ato de modular numa concretização do raciocínio de ponderação, subjacente às considerações consequencialistas que permeiam o ato de julgar. Os termos indeterminados em que se pode fundamentar a modulação podem, porém, conduzir a um preenchimento de significação impróprio, e ao Supremo Tribunal cabe encetar todo o cuidado possível para não cometer deslizes por ocasião de sua utilização.

E exatamente nisso reside aquele risco apontado no início dessas conclusões, de o Supremo decidir ou no terreno do fiel cumprimento de sua missão de guardião da Constituição, ou no lado oposto, do ativismo judicial causador de abalo ao Estado de Direito.

Também em sede de esforço de entendimento com relação ao tema da modulação de efeitos, foram trazidos a exame inúmeros julgados da Corte Excelsa, afinal se trata de mecanismo novo e recente, que demanda não apenas cuidado, mas também aprendizado para a respectiva utilização. Apontaram-se acertos e equívocos do tribunal, frente às considerações teóricas que foram delineadas neste trabalho.

Faz-se necessário crer que eventuais deslizes do órgão de cúpula do Poder Judiciário não se tornem rotineiros; ao revés, espera-se o advento de uma situação em que seu atuar homenageie a importante missão institucional que lhe fora conferida, de realização de Justiça e proteção da Constituição, no que se inclui a preservação da supremacia constitucional e segurança jurídica de todos.

Só assim o Estado cumprirá sua tarefa de atuar em prol do bem comum, sob os trilhos que conduzem ao caminho do respeito a todos os valores e ditames da Constituição, cujo destino final é a verdadeira realização do Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário, *in* **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2005, ano 05, nº 05.

_____. Limites éticos do poder constituinte e da concretização da Constituição pelo Judiciário, *in* **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifício, 2009.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo. Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana – uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo**. Tradução do original “The Supreme Court” a cargo da Editora. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2.^a edição. São Paulo: Lejus, 1999.

BERTEA, Stefano. *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo*. Disponível em: <http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Bertea_new.doc>. Acesso em 01.out.2008.

BITTAR, Eduardo C. Bianca. Constituição e direitos fundamentais, *in* **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2006, ano 06, nº 02.

_____. Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática. Reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco: Edifício, 2008, Ano 08, nº 01.

_____. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*, in **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifício, 2009.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. 2.^a edição. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7.^a reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo, in **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n.º 63, 1994.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, in **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008.

CARVALHO, Paulo De Barros. **Curso de direito tributário**. 15.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Estatuto do contribuinte, direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuintes, in **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: RT, n.º 7-8, 1979.

_____. A segurança jurídica em Direito Tributário, *in* **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n.º 61, 1993.

_____. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária, *in* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 98, 2003.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança jurídica e tipicidade tributária**. Salvador: Podivm, 2007.

CEZAROTI, Guilherme. O consequencialismo jurídico e as modulações das decisões do STF, *in* **Grandes questões atuais do Direito Tributário**. 13º volume. São Paulo: Dialética, 2009.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12.ª edição. São Paulo: Ática, 1999.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008.

FARALLI, Carla. *La certezza del diritto nell'età della decodificazione*. Disponível em: <http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/sezioneii/parteeiii/3.3/faralli_new.doc>. Acesso em: 01.out.2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, *in* **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1.ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: RT, 1994.

_____. O novo modelo de controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2001, ano 01, nº 01.

_____. Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais, *in* **Revista Mestrado em Direito – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2004, ano 04, nº 04.

_____. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, nº 01.

_____. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, nº 02.

_____. 20 Anos da Constituição de 1988: A Evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil, *in* Fernando G. de Andréa Ferreira; Paulo Braga Galvão. (Org.). **Direito contemporâneo - Estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira**. 1.^a edição. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado Editores, 2009, v. 1.

_____. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, *in* **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2009.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, no prelo.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 3.^a edição, 3.^a reimpressão. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, *in* **Revista do Advogado – 20 anos da Constituição**. São Paulo: AASP, Ano XXVIII, Setembro de 2008, nº 99, p. 86.

_____. A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito, *in* **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

FRONTINI, Paulo Salvador. Separação de poderes – conflito entre poderes, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, nº 02.

GODOI, Marciano Seabra de. O consequencialismo jurídico e as modulações dos efeitos das decisões do STF, *in* **Grandes questões atuais do Direito Tributário**. 13º volume. São Paulo: Dialética, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 03.nov.2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais, *in* **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Jurisdição constitucional**. Tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.^a edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAMBERT, Eduard. *Il governo dei giudici e la lotta contra la legislazione sociale negli Stati Uniti, L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996. Tradução de Roberto D'Orazio e Fabrizio Megale.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução do original “Über die Verfassung” por Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p. 25.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea – uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da segurança jurídica e a identidade da lei complementar, *in* **Tributação e direitos fundamentais – propostas de efetividade**. Coordenadora: Melissa Folmann. Curitiba: Juruá, 2006.

MACHADO, Marcelo Passamani. **Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.

MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais, *in* **Revista de Processo**. São Paulo, RT, n.º 119, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Inflação legislativa**. Artigo disponível em <http://www.gandramartins.adv.br/art_detalhes.asp?id=126>. Acesso em 03.nov.2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima, *in* **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. Organizador: Humberto Ávila. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

———. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO, Adriana Zawada. A limitação material do poder constituinte derivado, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, n.º 01.

———. Funções dos princípios constitucionais, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2008, ano 08, n.º 02.

MENDRANO, Humberto. *El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo*, *in* **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n.º 62, 1993.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. A certeza e a segurança como valores fundamentais na declaração do direito e na realização da justiça, e o modo de atingi-las, *in* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 94, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1983, Tomo 2 (Introdução à teoria da Constituição).

MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967, Tomo I.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5.ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais – garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior, *in* **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **A segurança jurídica à luz do poder normativo e coercitivo do judiciário: limites à decisão e à recorribilidade por meio de súmulas**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2007.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais, *in* **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PESSÔA, Leonel Cesarino. Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos, *in* **Súmula vinculante e segurança jurídica**. Organizador: Leonel Cesarino Pessoa. São Paulo: LTr, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional. 2009.

RANELLETTI, Oreste. *Istituzioni di diritto pubblico, il nuovo diritto pubblico della repubblica italiana*. 13.^a edizione aggiornata. Milano: Dott. A. Giuffrè, Parte generale, 1948.

_____. *Istituzioni di diritto pubblico, il nuovo diritto pubblico della repubblica italiana*. 13.^a ristampa inalterata. Milano: Dott. A. Giuffrè, Parte II e III, 1951.

RIBEIRO JUNIOR, Glaucio Vasconcelos. **Reflexos sobre a prescrição e decadência tributárias e outras repercussões da Súmula Vinculante nº 8**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2309, 27.out.2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13740>>. Acesso em 18.nov.2009.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte, legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Sobre o tema, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTANA, Izaias José de. **Controle concreto de constitucionalidade – Efeitos das decisões e vinculação do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. CONRADO, Paulo César. Controle Direto de Constitucionalidade e Repetição do Indébito, *in* **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: vol. 86.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro, *in* **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Coordenadora: Carmem Lúcia Antunes Rocha. 2.^a edição, 1.^a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SHIMURA, Sérgio. O princípio da inafastabilidade da jurisdição revelado por meio do recurso de embargos de declaração, *in* **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais – UNIFIEO**. Osasco: Edifício, 2007, ano 07, nº 02.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, nº 798, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica ao Direito**. 2.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto**. Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – área de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3.^a edição. São Paulo: Método, 2009.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Direitos humanos e tributação – uma concepção integradora, *in Revista Direito em Ação*. Brasília, 2001, V.2 , N.1.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2.^a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIÑAS, Antonio Rovira. Entrevista “HUMANOS, DEMASIADOS HUMANOS”, por Miguel Donayre Pinedo, *in LTR – La Rama Torcida, Revista Electronica*. Madrid: 2006, nº 05, Julio. Disponível em: <<http://www.laramatorcida.com.pe/documentos/BoletinLRT5.pdf>>. Acesso em 20.nov.2009.