



UFRGS

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito



17 de Fevereiro de 1900

FERNANDO VOGEL CINTRA

**Modulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Controle Difuso de
Constitucionalidade: contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil**

Porto Alegre

2010

FERNANDO VOGEL CINTRA

**Modulação dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Controle Difuso de
Constitucionalidade:** contribuição para uma análise comparativa entre EUA e Brasil

Monografia apresentada como Trabalho de
Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Porto Alegre

2010

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a minha família, sobretudo na pessoa de meu pai Paulo e de minha mãe Maria. Aproveito a ocasião para prestar uma singela homenagem ao otimismo e ao trabalho duro de meu pai, bem como à dedicação e à valorização da cultura de minha mãe. Sem vocês e sem o seu exemplo, eu nada seria.

Agradeço também ao Prof. Luís Afonso Heck por haver-me ensinado as coisas mais importantes que aprendi nesta faculdade, pelo seu compromisso inabalável com a verdadeira ciência do Direito e por haver aceitado orientar-me nesta monografia.

Agradeço ainda ao contribuinte brasileiro, que, por meio do pagamento de vários tributos (como impostos sobre importações, exportações, renda, produtos industrializados e tantos outros) custeou minha formação jurídica nesta universidade federal pública, gratuita e de qualidade.

RESUMO

Buscou-se neste trabalho examinar a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América acerca da modulação dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade. Para tanto, foram analisados os casos *Mapp v. Ohio* (1961), *Linkletter v. Walker* (1965) e *Stovall v. Denno* (1967). Após, buscou-se examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil acerca do mesmo assunto. Para tanto, foram analisados os casos do Recurso Extraordinário nº 197.917, da Segunda Medida Cautelar em Petição nº 2.859 e do *Habeas Corpus* nº 82.959. Em seguida, tomou-se posição a respeito da pretensão de correção dos principais pontos da fundamentação apresentada nos casos brasileiros. Concluiu-se o trabalho com a constatação de que a Suprema Corte admitiu a modulação com base em critérios distintos para a área criminal e para a área cível; porém, depois de um tempo, abandonou a possibilidade de modulação em ambas as áreas. Já o Supremo Tribunal Federal não parece trabalhar com critérios definidos para a modulação, aplicando-a, pois, de modo casuístico.

Descritores: Modulação de efeitos. Decisão de inconstitucionalidade. Controle difuso de constitucionalidade. Direito constitucional estadunidense. Direito constitucional brasileiro.

ABSTRACT

In this work, some precedents of the Supreme Court of the United States regarding the effect modulation of an unconstitutionality decision were examined. For that purpose, the cases *Mapp v. Ohio* (1961), *Linkletter v. Walker* (1965) and *Stovall v. Denno* (1967) were analyzed. After that, some precedents of the Federal Supreme Court of the Federative Republic of Brazil regarding the same subject were examined. For that purpose, the cases Extraordinary Appeal nº 197.917, Second Temporary Injunction in Petition nº 2.859 and *Habeas Corpus* nº 82.959 were analyzed. Following that, a critical appraisal regarding the correctness intention of key points of the arguments used in the Brazilian cases was made. The work ends with the recognition that the Supreme Court accepted modulation based on distinct criteria for criminal and civil fields; however, after some time, it rejected the possibility of modulation in both fields. From another standpoint, the Federal Supreme Court does not seem to work with defined criteria for modulation, thus applying it on a casuistic basis.

Key words: Effect modulation. Unconstitutionality decision. Disperse judicial review. American constitutional law. Brazilian constitutional law.

Title: **The Effect Modulation of an Unconstitutionality Decision in Disperse Judicial Review:** contribution to a comparative analysis between USA and Brazil.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	05
INTRODUÇÃO.....	08
1 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	11
<i>1.1 Caso Mapp v. Ohio (1961).....</i>	<i>23</i>
1.1.1 História do Caso.....	23
1.1.2 Decisão.....	24
1.1.3 Análise da Fundamentação.....	24
<i>1.1.3.1 Análise da opinião da maioria.....</i>	<i>25</i>
<i>1.1.3.1.1 Exame dos precedentes Boyd e Weeks.....</i>	<i>25</i>
<i>1.1.3.1.2 Exame do precedente Wolf.....</i>	<i>26</i>
<i>1.1.3.1.3 Rejeição da regra antiga.....</i>	<i>26</i>
<i>1.1.3.1.4 Afirmção da regra nova.....</i>	<i>27</i>
<i>1.1.3.1.5 Considerações sobre federalismo e supremacia da constituição.....</i>	<i>27</i>
<i>1.1.3.2 Opinião concorrente do Justice Black.....</i>	<i>27</i>
<i>1.1.3.3 Opinião concorrente do Justice Douglas.....</i>	<i>28</i>
<i>1.1.3.4 Análise da opinião divergente.....</i>	<i>29</i>
<i>1.1.3.4.1 Crítica ao abandono da postura de “auto-restrição judicial” (judicial restraint).....</i>	<i>29</i>
<i>1.1.3.4.2 Crítica ao silogismo central da opinião majoritária.....</i>	<i>30</i>
<i>1.2 Caso Linkletter v. Walker (1965).....</i>	<i>31</i>
1.2.1 História do Caso.....	31
1.2.2 Decisão.....	32
1.2.3 Análise da Fundamentação.....	33
<i>1.2.3.1 Análise da opinião da maioria.....</i>	<i>33</i>
<i>1.2.3.1.1 História e teoria da retroatividade.....</i>	<i>33</i>
<i>1.2.3.1.2 Exame do precedente Wolf v. Colorado.....</i>	<i>36</i>
<i>1.2.3.1.3 Exame dos efeitos da doutrina do caso Wolf.....</i>	<i>36</i>
<i>1.2.3.2 Análise da opinião divergente.....</i>	<i>37</i>

1.2.3.2.1 Comparação com outras decisões em que a corte concedeu efeito retroativo para a “regra de exclusão” (<i>exclusionary rule</i>).....	38
1.2.3.2.2 Distinção entre a regra ser um direito dos acusados e ser uma sanção contra os agentes policiais.....	38
1.2.3.2.3 Exame da tese de que a regra tornaria mais difícil a condenação dos acusados.....	39
1.2.3.2.4 Exame dos impactos que a atribuição de retroatividade teria sobre a administração da justiça.....	39
1.3 Caso <i>Stovall v. Denno</i> (1967).....	40
1.3.1 História do Caso.....	40
1.3.2 Decisão.....	41
1.3.3 Análise da Fundamentação.....	41
<i>1.3.3.1 Análise da opinião da maioria.....</i>	<i>42</i>
1.3.3.1.1 Extensão em que as regras anunciadas nos casos <i>Wade</i> e <i>Gilbert</i> deveriam ser aplicadas retroativamente.....	42
1.3.3.1.2 Exame da alegada violação ao devido processo legal (<i>due process of law</i>).....	42
<i>1.3.3.2 Análise da opinião divergente.....</i>	<i>43</i>
2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A EXPERIÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	44
2.1 Recurso Extraordinário nº 197.917 SP – Câmara Municipal de Mira Estrela (2004). 45	45
2.1.1 História do Caso.....	45
2.1.2 Decisão.....	46
2.1.3 Análise da Fundamentação.....	47
<i>2.1.3.1 Voto do Ministro relator.....</i>	<i>47</i>
<i>2.1.3.2 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes.....</i>	<i>48</i>
2.1.3.2.1 Limitação de efeitos no sistema difuso.....	49
2.1.3.2.2 Limitação de efeitos no direito brasileiro antes de 1988.....	51
2.1.3.2.3 Limitação de efeitos após o advento da Constituição de 1988.....	54
2.1.3.2.4 Exame do caso concreto.....	55
2.2 Segunda Medida Cautelar em Petição nº 2.859 SP – “Operação Urbana Centro” (2005).....	57
2.2.1 História do Caso.....	57

2.2.2	Decisão.....	59
2.2.3	Análise da Fundamentação.....	59
2.2.3.1	<i>Exame do caso concreto.....</i>	59
2.3	Habeas Corpus nº 82.959 SP – Lei dos Crimes Hediondos (2006).....	60
2.3.1	História do Caso.....	60
2.3.2	Decisão.....	61
2.3.3	Análise da Fundamentação.....	61
2.3.3.1	<i>Voto do Ministro relator.....</i>	61
2.3.3.2	<i>Voto do Ministro Carlos Velloso.....</i>	61
2.3.3.3	<i>Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.....</i>	62
2.3.3.4	<i>Voto-vista do Ministro Cezar Peluso.....</i>	62
2.3.3.5	<i>Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes.....</i>	63
2.3.3.5.1	<i>Introdução.....</i>	63
2.3.3.5.2	<i>Da progressão de regime nos crimes hediondos.....</i>	63
3	TOMADA DE POSIÇÃO.....	69
3.1	<i>Nulidade da Lei Eleitoral na República de Weimar.....</i>	69
3.2	<i>Retroatividade e Prospectividade nos EUA.....</i>	72
3.2.1	<i>Precisão Terminológica.....</i>	72
3.2.2	<i>Fases.....</i>	73
3.3	<i>O Assim Chamado “Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional”.....</i>	76
3.4	<i>Efeito da Decisão no Plano Normativo e no Plano do Ato Singular.....</i>	81
3.5	<i>Apelo ao Legislador e Decisão sobre os Distritos Eleitorais.....</i>	84
3.6	<i>Rejeição de Jurisprudência e Mutação Constitucional.....</i>	88
	CONCLUSÕES.....	89
	REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

O método que se pretendeu adotar no presente trabalho pode ser classificado como *comparação de direito* ou *direito comparado*, o qual pode ser incluído no âmbito mais geral da *dogmática jurídica*¹. Assim, buscou-se fazer uma comparação entre o direito constitucional estadunidense e o direito constitucional brasileiro: não de modo abrangente, mas sim com vistas ao exame de um assunto específico, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em um sistema difuso de controle de constitucionalidade. Não estão fora do âmbito deste trabalho, contudo, algumas incursões passageiras no direito constitucional alemão, a fim de melhor situar os temas abordados.

Para obter maior clareza na colocação das questões, é importante referir as teorias divergentes acerca da natureza do ato jurídico contrário à constituição (nulidade ou nulificabilidade), sobretudo no tocante a sua conexão com os efeitos temporais de uma decisão de inconstitucionalidade. Assim, com base em Hans Kelsen², consoante a tradução de Luís Afonso Heck³, pode-se dizer que a

Nulidade significa que um ato, que se apresenta com a pretensão, isto é, cujo sentido subjetivo é ser um ato jurídico, especialmente, um estatal, isso não é objetivamente e, precisamente, não porque ele é antijurídico, isto é: não corresponde às condições que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. A esse ato nulo falta qualquer caráter jurídico de antemão, de modo que ele não carece de nenhum outro ato jurídico de tomar dele essa qualidade arrogada (**negrito adicionado**).

Por outro lado,

A **nulificabilidade** do ato antijurídico significa a possibilidade de eliminar ele com seus efeitos jurídicos. A nulificação pode, agora, ter graus distintos, e precisamente, tanto no que concerne ao seu âmbito material como no seu temporal (**negrito adicionado**).

¹ Cf. HOLLERBACH, Alexander. Ciência do Direito. Tradução de Eduardo Piñero. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Página 14: “Uma disciplina dogmático-jurídica é também a *comparação de direito*, à medida que nela trata-se do conhecimento vigente em outra parte, mas também porque resultados comparativos podem ser invocados para o entender e, dado o caso, para o aperfeiçoamento do próprio direito.”

² Cf. KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 5. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1929. S. 44-5; S. 47.

³ HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional**: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. P.41; p. 44.

No presente trabalho, está-se mais preocupado com o âmbito temporal: o efeito da nulificação (cassação) do ato pode ser limitado ao futuro (*ex nunc*), ou retroagir ao passado (*ex tunc*). Há também a possibilidade de a nulificação só produzir efeitos a partir de um momento fixado no futuro (*pro futuro*). Em outras palavras, pode-se dizer que as consequências jurídicas da nulificação podem: (i) retroagir à data da entrada em vigor da norma (*ex tunc*); (ii) produzir-se com a publicação da decisão (*ex nunc*); ou (iii) dar-se a partir de um instante situado no futuro e determinado pelo tribunal (*pro futuro*). Situa-se nesse panorama conceitual a possibilidade de modulação dos efeitos temporais de uma decisão de inconstitucionalidade.

Nesta etapa de obtenção de maior clareza conceitual para a colocação das questões que norteiam o presente trabalho, é útil referir também, com base em Harmut Maurer⁴, que os possíveis tipos de controle de constitucionalidade podem ser mais precisamente compreendidos com o auxílio de quatro pares conceituais: (a) *Controle principal e incidental*: diz respeito ao objeto do litígio. No primeiro, o objeto do litígio é a própria compatibilidade da lei com a constituição; no segundo, o controle é feito no quadro de um litígio que tem outro objeto. (b) *Controle abstrato e concreto*: diz respeito ao motivo do controle. No primeiro, o controle é feito independentemente de um caso; no segundo, o controle tem por motivo um caso concreto. (c) *Controle concentrado e difuso*: diz respeito ao tribunal competente para a decisão. No primeiro, a competência para rejeição está reservada a somente um tribunal; no segundo, uma pluralidade de tribunais está autorizada para o exame e para a rejeição. (d) *Controle especial e integrado*: diz respeito à especialização da jurisdição. No primeiro, o tribunal constitucional é especial para a jurisdição constitucional; no segundo, o tribunal supremo é competente para todos os âmbitos.

Ainda segundo Maurer, esses pares conceituais podem ser combinados de maneiras diversas em sistemas diferentes. Algumas combinações, no entanto, são conceitualmente coercitivas, enquanto que outras podem ser determinadas pelo legislador.

Diante disso, as principais questões que se colocam são estas: nos Estados Unidos da América, os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade são sempre retroativos (eficácia *ex tunc*)? Em caso negativo, quais os critérios normativos que permitem que a decisão não tenha efeitos retroativos, isto é, quais são os critérios normativos que permitem à Suprema Corte modular os efeitos de suas decisões? Esses critérios normativos são os mesmos para

todos os ramos do direito (cível, penal etc.)? Hoje em dia, qual é a orientação dominante acerca da modulação? Para responder a essas questões, faz-se necessário investigar a jurisprudência constitucional estadunidense acerca do assunto. Essa investigação será, pois, o objeto de estudo do Capítulo 1 deste trabalho.

Uma série de questões análogas às do parágrafo acima deixa-se fazer também acerca do Brasil. Para responder a essas questões, impõe-se examinar a jurisprudência constitucional brasileira sobre a matéria, o que corresponderá ao objeto de estudo do Capítulo 2 deste trabalho.

No Capítulo 3, procede-se a uma tomada de posição a respeito de temas relevantes que surgem do confronto das experiências estadunidense e brasileira, como a questão da retroatividade, da prospectividade, da nulidade da lei inconstitucional e outros.

Finalmente, apresentam-se as conclusões do presente trabalho.

Registre-se ainda que, para a realização deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo e comparado. E, para a pesquisa, servi-me de dados legais, jurisprudenciais e doutrinários.

⁴ MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 245-6, números de margem 69-73.

1 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A fim de buscar uma *compreensão*⁵ da *experiência*⁶ dos Estados Unidos da América – EUA no tocante à modulação dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso de constitucionalidade, desfazendo com isso *pré-juízos*⁷, é preciso explicar em linhas gerais o funcionamento do controle de constitucionalidade nesse país. Assim sendo, é preciso elucidar, ainda que brevemente, o funcionamento do Poder Judiciário Federal nos EUA, bem como o papel que ele desempenha perante os outros poderes da república estadunidense. Para essa finalidade, adota-se aqui, ao menos em parte, a análise da matéria efetuada pelo constitucionalista Laurence Tribe em sua obra *American Constitutional Law*⁸.

Segundo o dito autor (cf. §3-1), uma investigação acerca do Poder Judiciário Federal nos EUA deve analisar 3 pontos centrais: (i) o poder de interpretar e implementar a Constituição como fonte de direito; (ii) a principal limitação que o Art. III da Constituição impõe ao Poder Judiciário Federal, que é o de resolver apenas “casos” e “controvérsias”; e (iii) as limitações que a existência de estados enquanto instituições distintas impõe sobre o poder das cortes federais.

O primeiro ponto do parágrafo acima refere-se ao conceito de “revisão judicial” (*judicial review*)⁹, e à célebre decisão do caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803), que representa um marco na história do *judicial review* (§3-2). O raciocínio básico do *Chief Justice Marshall*¹⁰ na decisão desse caso, segundo Tribe, pode ser reduzido a 3 proposições centrais: (1) a Constituição tem a supremacia no direito nacional, e, portanto, um

⁵ No sentido do círculo hermenêutico da compreensão.

⁶ Segundo Gadamer, a experiência pode ser *positiva* ou *negativa*: “Isso já encontra sua expressão linguística nisso, que nós falamos de experiência em um duplo sentido; de um lado, das experiências que correspondem a nossa expectativa e que a confirma, mas também, de outro lado, da experiência que se ‘faz’. *Essa, a experiência genuína, é sempre uma negativa (itálico adicionado).*” GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 6. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. S. 359.

⁷ Também no sentido de Gadamer. Cf. notas 5 e 6.

⁸ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 207.

⁹ Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7^a ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 852: “**Revisão judicial: 1.** O poder de uma corte para revisar as ações de outros ramos ou níveis de governo; especialmente, o poder das cortes de invalidar ações legislativas e executivas por serem inconstitucionais. **2.** A doutrina constitucional que apoia esse poder. **3.** A revisão feita por uma corte dos achados fáticos ou jurídicos de uma corte ou órgão administrativo inferior.”

¹⁰ John Marshall (1755–1835).

ato do legislativo que se mostra contrário à Constituição é nulo (*void*). (2) O poder judiciário tem o dever de dizer qual é o direito (*to say what the law is*). Assim, se duas leis estão em conflito, o judiciário deve decidir sobre a operação de cada uma delas. Nesse sentido, se as cortes devem aplicar a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do legislativo, então a Constituição deve governar o caso particular. (3) Aqueles que defendem a posição contrária a isso deveriam dizer que, se o legislativo fizer algo expressamente proibido pela Constituição, esse ato, mesmo assim, seria efetivo. Isso seria o mesmo que dar ao legislativo uma onipotência prática e real.

Nesse sentido, afirma Tribe¹¹ (§3-3) que a *natureza do judicial review*, consoante o articulado pelo *Chief Justice* Marshall, depende de dois postulados: (i) que a Constituição é em algum sentido reguladora (isto é, que possui força normativa)¹²; (ii) e que *as cortes* podem reconhecer a aplicar a Constituição como direito.

A seguir, Tribe¹³ considera as diferentes visões acerca do *efeito de um julgamento de inconstitucionalidade*. A primeira visão, dominante entre a época da Guerra Civil (1861-1865) e a época da Grande Depressão (1929-1939), é a que foi expressa por Cooley, no sentido de que a expressão “lei inconstitucional” seria uma contradição em termos: um ato contrário à constituição não é uma lei. Essa também foi a posição adotada pelo *Justice* Field no julgamento *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886), que afirmou a célebre frase: “um ato inconstitucional não é jurídico (*is not a law*); não confere direitos; não impõe obrigações; não outorga proteção; não cria cargos; ele é, do ponto de vista jurídico, tão inoperante como se nunca tivesse sido promulgado.”

A segunda visão não confere tanta importância a um julgamento de inconstitucionalidade, afirmando que a decisão só vincula as partes presentes no processo, mas não terceiros. Nos casos futuros envolvendo o mesmo ato alegadamente inconstitucional, nada vai dizer de antemão que o ato é inválido. Para essa visão, as cortes não teriam o poder

¹¹ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 213.

¹² Sobre isso, cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20^a ed. alemã por Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. P.503-4, número de margem 692. “Naturalmente, os asseguramentos institucionais criados desse modo não garantem proteção absoluta. A existência da Constituição é, em primeiro lugar, uma questão de sua *força normativa*. Quanto mais a ordem constitucional corresponde às realidades da situação histórica, quanto maior é a disposição de reconhecer os conteúdos da Constituição como obrigatórios e quanto mais firme é a determinação de atualizar esses conteúdos, também contra resistências, tanto mais e mais seguro aquelas ameaças poderão ser evitadas ou rechaçadas. Onde o consenso fundamental, no qual se assenta, ao fim e ao cabo, a força normativa da Constituição, falta ou deixa de existir, perde a Constituição a base de sua força de vida e eficácia e asseguramentos institucionais somente não são mais capazes de auxiliar.”

¹³ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 214.

de repelir ou abolir uma lei; não obstante uma decisão de inconstitucionalidade, a lei permaneceria vigendo.

Segundo Tribe, as duas visões divergentes ligam-se aos dois postulados do *judicial review* acima referidos. A primeira visão liga-se à ideia de que a Constituição tem força normativa: assim, quando uma lei é contrária à Constituição, cabe ao Judiciário apenas declará-lo. Já a segunda visão liga-se à ideia de que o julgamento de inconstitucionalidade está inserido no âmbito de um processo judicial, isto é, consiste no resultado de um processo que se desenvolve perante as cortes, visando à resolução de uma disputa particular entre as partes.

Passando ao tema da *retroatividade*¹⁴, que é de grande interesse para os propósitos do atual trabalho, Tribe¹⁵ afirma que, em certo sentido, quase todos os atos governamentais têm um efeito “retroativo”, pois o valor de investimentos feitos no passado depende de quais são as regras jurídicas em vigor no presente¹⁶. Mas decisões judiciais pretendem ter um efeito retroativo vinculativo, no sentido de que elas governam diretamente demandas originadas por fatos anteriores à ação governamental.

Segundo Tribe, “a doutrina da retroatividade é um reflexo da teoria aplicável da produção legislativa”¹⁷. Se uma lei ou ato inconstitucional nunca existiu efetivamente como justificação válida para a ação estatal, então os indivíduos condenados sob a égide dessa lei foram condenados de modo inválido, mesmo que os julgamentos tenham ocorrido antes da declaração de inconstitucionalidade; esta declaração deveria ter um efeito retroativo pleno, e os indivíduos condenados sob a égide da lei inconstitucional deveriam obter sua liberdade pelo *writ* de *habeas corpus*. Alternativamente, se o julgamento de inconstitucionalidade governa apenas o caso particular, a legalidade das condenações anteriores não é afetada.

Tribe refere o *Justice Holmes*¹⁸ em sua opinião divergente no caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S. 349 (1910). Nesse caso, reportando-se à regra anunciada no caso *Gelpcke v. City of Dubuque*, 68 U.S. 1 Wall. 175 (1863), o *Justice Holmes* disse que não conhecia nenhuma autoridade na Suprema Corte consoante a qual as decisões estaduais deveriam

¹⁴ Deve ser notado que a Suprema Corte oscila entre o emprego dos termos “retroatividade” e “retrospectividade”. Portanto, a fim de evitar ambiguidades, será adotado neste trabalho sempre o primeiro termo, bem como as construções derivadas.

¹⁵ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 216.

¹⁶ Por exemplo, o valor de um prédio comercial deverá ser alterado em função de uma lei municipal que determine a construção de um presídio ao seu lado.

¹⁷ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 216.

¹⁸ Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841 – 1935).

regular, de modo geral, o direito apenas para o futuro; e afirmou que as decisões judiciais haviam tido aplicação retroativa por quase mil anos.

Ademais, Tribe¹⁹ alude à existência de *abordagens contrastantes acerca da retroatividade de leis*. A Suprema Corte reconheceu que a retroatividade não é bem vista pelo direito, e que leis retroativas podem privar cidadãos de expectativas legítimas, bem como perturbar transações já firmadas. Segundo a decisão do caso *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994), a primeira tarefa interpretativa da Corte é determinar se o Congresso fixou expressamente o alcance temporal de uma lei. Se o fez, é claro que não se precisa recorrer a regras judiciais para resolver a questão. Se, contudo, a lei não contém nenhum comando expresso, a Corte precisa determinar se a nova lei teria efeito retroativo, isto é, se prejudicaria direitos que uma parte já tivesse adquirido, se aumentaria a responsabilidade por condutas prévias, ou se imporiam novas obrigações com respeito a transações já realizadas. Se a lei fosse operar retroativamente, a presunção tradicional da Corte é que esse resultado (a aplicação retroativa) não pode ser visto como decorrente da omissão do Congresso.

No que respeita a *decisões judiciais*, Tribe diz que a Suprema Corte criou regras separadas sobre retroatividade no âmbito de processos civis e no âmbito de processos penais. No caso *Linkletter v. Walker*²⁰, a Corte desenvolveu uma doutrina segundo a qual poderia ser negado o efeito retroativo a uma regra nova de direito penal. A Corte decidiu que a Constituição nem proibia, nem exigia o efeito retroativo, tratando a questão como um assunto de política judiciária (*policy*), a ser decidida caso a caso. A Suprema Corte sintetizou essa abordagem no julgamento do caso *Stovall v. Denno*²¹.

No campo do direito civil, a Corte também permitiu que fosse negado efeito retroativo a um novo “princípio de direito”, de acordo com o julgamento de *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971).

Todavia, no fim dos anos 1980, isto é, no âmbito da “Corte Rehnquist”, a Suprema Corte rejeitou sua jurisprudência anterior acerca da retroatividade de decisões judiciais, tanto no campo penal quanto no campo civil. No caso *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987), a Corte rejeitou (*overruled*)²² a orientação que havia firmado no caso *Linkletter*, eliminando,

¹⁹ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 217.

²⁰ Cf. item 1.2 do presente trabalho.

²¹ Cf. item 1.3 do presente trabalho.

²² Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY. 7^a ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1129-1130: “**Rejeitar. 1.** Decidir contrariamente; rejeitar <o juiz rejeitou todas as objeções do réu>. **2.** (Dito de uma corte) rejeitar ou colocar de lado (um precedente), decidindo expressamente que ele não deve mais ser o direito aplicável <em *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte rejeitou *Plessy v. Ferguson*>.”

pois, restrições à retroatividade no âmbito do processo penal. Decidiu que qualquer nova regra deve ser aplicada retroativamente a casos criminais pendentes de revisão direta (*direct review*). Como fundamentos apoiadores da decisão, a Corte empregou duas “normas básicas de jurisdição constitucional”: (i) a natureza do *judicial review* retira da Corte a prerrogativa essencialmente legislativa de tornar as regras de direito retroativas ou prospectivas a seu talante; (ii) a aplicação seletiva de novas regras viola o princípio de que se devem tratar igualmente as partes que estão na mesma situação.

No entanto, a retroatividade no âmbito dos processos civis continuou sendo regida pelas regras do caso *Chevron Oil*. Três anos depois, a Corte proferiu a decisão do caso *American Trucking Associations, Inc. v. Smith*, 496 U.S. 167 (1990), em que começou a se delinear uma rejeição da orientação jurisprudencial anterior.

A rejeição continuou sua marcha no caso *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529 (1991). A Corte decidiu que, quando ela tivesse aplicado um “princípio” (*rule of law*)²³ aos litigantes de um caso, ela teria de aplicar a mesma regra com respeito a todos os outros casos que não estivessem barrados por exigências procedimentais ou pela *res judicata*. A Corte disse que a prospectividade modificada ou seletiva nunca foi acolhida no campo civil e que foi abandonada no campo penal com o caso *Griffith*. O *Justice Souter* disse que, nos casos civis, a Corte deveria tratar as novas regras ou bem como completamente retroativas, ou bem como completamente prospectivas. Em sua opinião concorrente, o *Justice Scalia* apresentou um argumento célebre para a atribuição de efeito retroativo automático às decisões judiciais. Ele disse²⁴ que, como se considera que os juízes devem “encontrar” o direito

²³ Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1332: “**Rule of law. 1.** Um princípio jurídico substantivo <sob o princípio conhecido como respondeat superior, o empregador é responsável por todos os ilícitos cometidos pelo empregado durante o emprego>. **2.** A supremacia do poder regular em oposição ao poder arbitrário <os cidadãos devem respeitar o estado de direito>. – Também chamado de *supremacia do direito*. **3.** A doutrina de que cada pessoa está sujeita ao direito ordinário daquela jurisdição <todas as pessoas dentro dos Estados Unidos estão submetidas à jurisdição americana>. **4.** A doutrina de que princípios constitucionais gerais são o resultado de decisões judiciais determinando os direitos dos indivíduos privados nas cortes <no estado de direito, a jurisprudência da Suprema Corte constitui a maioria daquilo que chamamos de “direito constitucional”>. **5.** De modo vago, uma decisão jurídica; uma decisão sobre um ponto de direito <a *ratio decidendi* de um caso é qualquer princípio alcançado pelo juiz como um passo necessário na decisão>.”

²⁴ “Se a divisão de poderes federal, central ao esquema constitucional, deve suceder em seu objetivo, parece-me que a natureza fundamental desses poderes deve ser preservada do modo como essa natureza era entendida quando a constituição foi promulgada. O executivo, por exemplo, além de “observar que as leis sejam fielmente executadas,” art. II, § 3, não tem poder para vincular a conduta privada em áreas não especificamente cometidas a seu controle pela constituição ou por leis; uma percepção assim do “poder executivo” pode ser familiar a outros sistemas legais, mas é estranha ao nosso. Assim também, eu penso, “o poder judiciário dos Estados Unidos” conferido a esta corte e às cortes inferiores que o congresso possa vir a estabelecer, art. III, §1, deve ser entendido como o poder judiciário do modo em que era compreendido por nossa tradição do *common law*. Esse é

constitucional e não “criá-lo”, eles não possuem o poder de aplicar suas decisões prospectivamente.

Finalmente, no caso *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993), a Corte assentou a doutrina de que, quando uma corte federal aplica uma regra substantiva de direito federal às partes da lide, essa regra deve ter efeito completamente retroativo para todos os casos não transitados em julgado e para todas as ocorrências, incluindo as anteriores ao anúncio da nova regra.

Para Tribe²⁵, devem ser feitas duas ressalvas importantes acerca dessa última decisão: (i) a Corte não afirmou que *todas* as decisões sobre direito federal devem ser necessariamente aplicadas de modo retroativo; a Corte disse apenas que, quando não houver nenhuma menção sobre o assunto, se presume que a decisão terá efeito retroativo. Mas a Corte continua detendo o poder de fazer suas decisões completamente prospectivas. (ii) Em segundo lugar, a Constituição não prescreve de modo geral a forma precisa do remédio que o estado tem de oferecer para uma violação constitucional, de sorte que o estado retém certa margem de manobra mesmo quando a decisão tem efeito retroativo.

Nessa mesma decisão, o *Justice* Scalia novamente argumentou de modo extensivo contra a doutrina da prospectividade e em defesa da doutrina tradicional de *stare decisis*²⁶ Começou referindo a opinião da maioria no caso *Teague*, que havia rejeitado o precedente que regulava o escopo da retroatividade em sede de revisão colateral. O *Justice* Scalia seguiu a opinião da pluralidade²⁷ no caso *Teague* porque acreditava que o abandono de razões do “tipo *Linkletter*” era algo que estava de acordo com a doutrina do *stare decisis*.

o poder de “dizer o que o direito é”, 5 U. S. 177 (1803), não o poder de mudá-lo. Eu não sou tão ingênuo (nem penso que nossos antepassados o eram) a ponto de não estar ciente de que os juízes “criam” o direito em um sentido real. Mas eles o criam do modo em que juízes o criam, isto é, como se eles o estivessem “encontrando” – discernindo o que o direito é, e não decretando o que ele se tornou hoje, ou o que ele será amanhã. Obviamente, esse modo de ação coloca “dificuldades de um... tipo prático” (em 501 U. S. 536), quando as cortes decidem rejeitar um precedente anterior. Mas essas dificuldades são um dos freios implícitos sobre a criação judicial do direito; eliminá-las é deixar as cortes substancialmente mais livres para “criar direito novo” e, assim, para alterar de modo fundamental o balanço de responsabilidade e poder distribuído entre os três poderes.

Por essa razão, e não por razões de equidade, eu julgaria tanto a “prospectividade seletiva” quanto a “prospectividade pura” como estando além de nosso poder” (Page 501 U. S. 549).

²⁵ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 226.

²⁶ Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1414: “**Stare decisis** [latim para “manter as coisas que foram decididas”] A doutrina do precedente, segundo a qual é necessário que uma corte siga decisões judiciais anteriores quando os mesmos pontos apareçam em um litígio.”

²⁷ Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1119: “**Opinião da pluralidade**. Uma opinião que carece de votos suficientes dos juízes para constituir uma maioria, mas que recebe mais votos do que qualquer outra opinião.”

Em segundo lugar, a opinião da pluralidade notou que a decisão do caso *Linkletter* havia sido criticada pela doutrina; mas o *Justice* Scalia diz que os comentadores criticaram de modo geral a jurisprudência da Corte acerca do tema da retroatividade, incluindo o caso *Chevron Oil*.

Por fim, a opinião da pluralidade justificou a rejeição de *Linkletter* com o acolhimento implícito da proposição de que o *stare decisis* tem menos força se as decisões intermediárias removeram ou enfraqueceram as bases conceituais da decisão antiga.

Segundo o *Justice* Scalia, uma das bases conceituais de *Chevron Oil* era que a retroatividade colocava um problema semelhante tanto no contexto civil, quanto no criminal. Assim, após o caso *Griffith*, *Chevron Oil* só poderia ser mantido *se fosse rejeitado o próprio raciocínio de Chevron Oil*, isto é, se fosse sustentado que a retroatividade é diferente para os âmbitos civil e criminal. E isso é muito difícil de fazer, já que o caso *Griffith* teve como fundamentos “normas básicas de jurisdição constitucional” e “a natureza da revisão judicial”.

Segundo Scalia, o que mais suscita comentários na opinião divergente é a ironia de invocar o *stare decisis* para defender a tomada de decisões prospectivas. Diz que a prospectividade é a “servente” do ativismo judicial e a inimiga do *stare decisis*. Afirma que ela foi formulada no auge do realismo legal e promovida genericamente como uma “técnica de decisão jurídica”, e, de modo específico, como um meio de tornar mais fácil a rejeição de precedentes. Assim, a opinião divergente estaria dizendo que o *stare decisis* demanda a preservação de métodos de destruição do *stare decisis*, que foram inventados recentemente e em violação do *stare decisis*.

A seguir, o *Justice* Scalia discorre sobre o surgimento da doutrina da prospectividade no bojo do caso *Linkletter*, sendo, portanto, algo recente. A verdadeira visão tradicional seria a de que decisões prospectivas são incompatíveis com o poder judiciário.

Depois, refere a afirmação da *Justice* O’Connor de que “quando a Corte muda sua posição, o direito muda juntamente com ela”. Diz que esse conceito é estranho à tradição jurídica dos EUA, contrariando aquilo que os juízes pensam desde o tempo do *Justice* Marshall. Sustenta que a percepção tradicional estadunidense acerca do papel do judiciário não surgiu da filosofia de Nietzsche, mas sim da *jurisprudência*²⁸ de Blackstone. Passa então a citar trechos deste último autor²⁹.

²⁸ Cf. HOLLERBACH, Alexander. Ciência do Direito. Tradução de Eduardo Piñero. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 13: “A designação da ciência de direito como ciência do direito somente no século 19 tornou-se

Por fim, segue combatendo a doutrina da prospectividade e defendendo a doutrina tradicional do *stare decisis*, referindo doutrina e a jurisprudência da própria Corte.

No tocante ao instituto do *habeas corpus*, Tribe³⁰ afirma que a Corte desenvolveu, para além da regra de *Harper*, uma doutrina separada de retroatividade para casos de *habeas corpus* federais, a qual combina elementos de processo civil e penal. Assim, novas regras de processo penal devem ser aplicadas retroativamente a todos os casos pendentes de revisão direta ou ainda não finalizados; porém, conforme decidido no caso *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989), as novas regras não serão aplicadas retroativamente de modo geral a réus de processos estaduais em sede de *habeas corpus* federal. Assim, a Corte não vai mais sequer considerar se a nova regra seria apropriada enquanto não tiver resolvido a questão da retroatividade. A Corte também deixou claro que a regra de *Teague* tem natureza prudencial³¹ e não jurisdicional, de sorte que as partes podem afastá-la, e a Corte não está obrigada a conhecê-la de ofício.

No entanto, a regra de *Teague* tem natureza constitucional, de modo que deve ser considerada antes que fundamentos infraconstitucionais para a resolução da lide sejam examinados. A Corte desenvolveu uma definição expansiva do que pode ser considerado uma regra “nova”, de sorte que muitas decisões na área do processo penal, expandindo os direitos dos acusados, são reputadas “novas” e, conseqüentemente, como não tendo efeito retroativo.

Para Tribe³², tudo o que foi dito acima reflete as *visões divergentes acerca do processo judicial*. Diz que é mais elucidativo examinar as várias doutrinas acerca da retroatividade a partir de uma perspectiva mais ampla. Tribe contrapõe assim uma *abordagem transcendental ou formalística* a uma *abordagem positivista* do raciocínio jurídico. A primeira abordagem aceita uma das premissas básicas do pensamento jurídico clássico do século XIX: que existe, para qualquer questão de direito constitucional federal, uma resposta que é a única melhor ou, até mesmo, uma resposta “correta” (referência a Dworkin e ao “juiz

habitual. Até então predominava ‘jurisprudência’. Hoje, ciência do direito e jurisprudência são, em parte, utilizadas como sinônimas, em parte, distinguidas. Nisso, a expressão ‘jurisprudência’ é preferida, quando deve ser dado espaço a dúvidas no caráter científico da ciência do direito ou quando, justamente, sem pretensão de cientificidade, realçado positivamente a peculiaridade particular da jurisprudência como ‘arte’ prática e ‘sabedoria jurídica’. Em francês, ‘jurisprudence’ significa jurisprudência e judicatura, ao contrário de ‘doctrine’ como a doutrina científica do direito. Em inglês, ‘jurisprudence’ quer dizer tanto como teoria do direito ou doutrina do direito geral.”

²⁹ Cf. nota 66.

³⁰ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 227.

³¹ Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7^a ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1241: “**Prudente**, *adj.* Aquele que é circunspecto ou precavido em suas ações; cauteloso. – **prudência**, *subs.*” Vale dizer que não há, portanto, uma associação direta à noção aristotélica de prudência.

Hércules”). De acordo com essa visão, é dever das cortes evoluir em direção a essa resposta única, mediante o exercício da razão prática. Decisões anteriores e incorretas devem ser, portanto, desconsideradas.

Por seu turno, a abordagem positivista compromete-se com a ideia de que a Constituição é aquilo que as cortes, sobretudo a Suprema Corte, dizem que a Constituição é. Nesse sentido, um tributo instituído com base em precedentes da Corte pode ser licitamente cobrado, a despeito do fato de, posteriormente, vir a ser invalidado pela Suprema Corte, em função de ser inconstitucional.

Em seguida, Tribe discorre sobre o *stare decisis na interpretação constitucional*, questão importante para o presente trabalho. Diz que, desde a perspectiva de alguns modelos do processo judicial, o *stare decisis* é o inverso da retroatividade: se uma decisão pode ser considerada “errada” em um sentido transcendental, então a adesão a ela seria inapropriada. A doutrina da retroatividade tem também uma relação pragmática próxima com o *stare decisis*: se as novas decisões são aplicadas retroativamente de modo corriqueiro, então os custos de rejeitar precedentes são maiores, e a Corte será mais relutante a fazê-lo³³.

Segundo a doutrina de que a Corte “descobre”, mas não “constrói” o direito constitucional, que peso deve ser dado às decisões anteriores? Tribe faz a seguir uma colocação intrigante: se o direito constitucional tivesse natureza científica, seria possível argumentar que as decisões antigas não merecem mais respeito do que o que Copérnico deu à visão ptolomaica de que a Terra era o centro do sistema solar³⁴. No entanto, o fato é que a Corte adota a doutrina do *stare decisis* e só se afasta dela se houver alguma justificativa forte.

Ainda assim, não é raro que a fundamentação analítica de uma decisão seja continuamente avaliada e, com o passar do tempo, seja finalmente considerada insatisfatória.

³² TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 232.

³³ *Ibidem*. P. 235.

³⁴ *Ibidem*. P. 236. Nesse ponto, Tribe pergunta-se se decisões anteriores, tidas como errôneas, devem ser tratadas como paradigmas ultrapassados de pensamento científico, e faz referência a Thomas Kuhn e sua obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”. Ao que parece, pois, Tribe não trabalha com uma distinção entre ciências da natureza e as chamadas “ciências do espírito” (*Geisteswissenschaften*, pela tradição alemã). Quanto ao ponto, vale conferir HOLLERBACH, Alexander. Ciência do Direito. Tradução de Eduardo Piñero. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 21: “Que ciência do direito, em oposto de ‘sciences’ e ‘humanities’ (método III), de ciências da natureza e ciências do espírito faz parte das últimas, é evidente; o direito é uma produção do espírito humano e não dado naturalmente, também quando ele, como uma ordenação de dever, está remetido a uma base natural-relativa ao ser. Com a mesma consideração fundamental pode associar-se a ciência do direito também às ciências da cultura e, nisso, acentuar, particularmente, que o direito do mesmo modo é um produto da cultura como, da sua parte, um fator conformador da cultura. Isso tenta, ultimamente, por exemplo, o início científico-cultural, propagado por *Peter Häberle*, fazer valer na jurisprudência.”

Cita como exemplo o caso *South Carolina v. Baker*, 485 U.S. 505 (1988), que rejeitou *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*, 158 U.S. 601 (1895).

Tribe afirma que a Corte reconhece que o passo drástico de rejeitar uma decisão anterior deve ser evitado sempre que possível. Desse modo, a Corte tenta harmonizar ou distinguir (*distinguish*) os precedentes, antes de rejeitá-los diretamente³⁵.

Mas quando a Corte é obrigada a reexaminar uma decisão anterior, ela se serve de uma série de considerações prudenciais³⁶ e pragmáticas³⁷, como, por exemplo, se a regra se tornou intolerável por ser impraticável; se princípios jurídicos correlatos se desenvolveram de modo a deixar a regra como remanescente de uma doutrina abandonada; se os fatos mudaram de maneira tal que desproveram a regra antiga de uma aplicação ou justificação significativa; se a regra estava sujeita a uma confiança tal que levaria a dificuldades especiais para sua rejeição e adicionaria a iniquidade aos custos da rejeição³⁸.

Segundo o autor acima mencionado, este último fator (interesses de confiança)³⁹ desempenha um papel importante nos cálculos da Corte acerca do *stare decisis*. Cita como exemplo o caso *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 1 (1989). Outro exemplo foi na importante decisão do caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al* - 505 U.S. 833 (1992), que sustentou o núcleo da decisão de *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

O mesmo autor afirma ainda que a decisão do caso *Casey* adicionou uma nova dimensão à doutrina do *stare decisis*, dizendo que, quando a Corte responde a uma profunda “controvérsia nacional”, como fez nos casos *Roe v. Wade*, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) e *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), ela estaria sob uma obrigação especial de manter a resolução da controvérsia que havia dado anteriormente⁴⁰.

³⁵ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 239.

³⁶ Cf. nota 31.

³⁷ Referência ao célebre caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al* - 505 U.S. 833 (1992). A expressão está em um dos fundamentos da decisão: “A aplicação da doutrina de *stare decisis* confirma que a tese central de *Roe* deve ser reafirmada. No reexame dessa tese, o julgamento da Corte é conformado por uma série de considerações prudenciais e pragmáticas formuladas para testar a consistência de rejeitar a tese com relação ao ideal do estado de direito (*rule of law*), e para aferir os custos respectivos de reafirmação e de rejeição.” (Page 505 U.S. 844-5).

³⁸ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 239-240.

³⁹ Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY. 7^a ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 816: “**Interesse de confiança**: o interesse que uma parte que não violou o contrato tem em recuperar os custos oriundos da confiança que ela depositou no adimplemento do contrato.”

⁴⁰ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P.242.

Mas, segundo Tribe⁴¹, o tratamento dado pela Corte ao *stare decisis* constitui um “comando flexível”, pois, se é verdade que a Corte sustentou o núcleo do caso *Roe* no caso *Casey*, por outro lado descartou de modo relativamente rápido *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987) e *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805 (1989) quando decidiu o caso *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991), afirmando que a Oitava Emenda não impõe uma vedação categórica à admissão de evidências sobre o impacto nas vítimas durante a dosimetria de um julgamento capital.

O referido autor⁴² sustenta então que a doutrina do *stare decisis* não é inerentemente liberal, nem intrinsecamente conservadora, e exemplifica: durante a presidência de 16 anos do *Chief Justice Warren*, a Corte rejeitou 63 decisões; durante a história de 17 anos da Corte *Burger*, a Corte rejeitou 61 decisões.

Consoante o mesmo Tribe⁴³, uma predisposição a rejeitar precedentes no âmbito constitucional parece algo defensível à luz do Artigo V, que torna muito difícil o processo de emenda à Constituição. A própria Corte já comentou que, embora o *stare decisis* seja um fundamento do sistema legal estadunidense, ele tem menos força em casos constitucionais, nos quais, com a exceção de emendas constitucionais, a Corte é o único órgão capaz de fazer mudanças necessárias.

Em seguida, o autor⁴⁴ acima citado afirma que a própria Constituição garante a impermanência dos precedentes judiciais, pois está repleta de termos que se referem a princípios gerais e não a regras ou prescrições específicas. Diz que a Constituição é um arcabouço, e não uma planta baixa. É inevitável que a compreensão por parte da sociedade dos princípios amplos da Constituição, e mesmo de suas regras, evolua com o tempo, e esse processo implica a clarificação e eventualmente a rejeição de precedentes estabelecidos.

O doutrinador estadunidense⁴⁵ faz também um interessante paralelo com a física contemporânea: não parece haver uma “grande teoria unificada” subjacente à Constituição, pois ela é um todo composto de partes distintas, adicionadas em períodos muito distantes da história estadunidense. Como resultado disso, a interpretação constitucional não pode querer ser um processo mecanicista de duração finita, que se dirigiria cada vez mais para um

⁴¹ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 243-244.

⁴² *Ibidem*. P. 245.

⁴³ *Ibidem*. P. 247.

⁴⁴ *Ibidem*. P. 248-249.

⁴⁵ *Ibidem*. P. 250-251.

equilíbrio livre de atrito no qual todos os princípios constitucionais estariam acomodados de modo harmônico. O conflito é de alguma maneira ínsito à própria Constituição.

No dizer de Tribe⁴⁶, uma dimensão final da investigação acerca do *stare decisis* é a aplicação do *stare decisis na interpretação legal*. A Corte observou que o *stare decisis* tem uma força especial no contexto da interpretação legal, porque, diversamente do contexto da interpretação constitucional, o poder legislativo está envolvido aqui, e o Congresso permanece livre para alterar aquilo que a Corte fez.

Para o *Justice Stevens*, a Corte deveria mesmo aplicar o *stare decisis* com força insuperável nos casos de interpretação legal. Mas, segundo Tribe, a Corte ainda não adotou essa visão de modo completo, pois leva em conta fatores que podem justificar uma rejeição de precedente no âmbito da interpretação legal, como: o desenvolvimento intercorrente do direito, ou quando o direito posterior tornou a decisão irreconciliável com doutrinas jurídicas competidoras; por causa de confusão criada por uma decisão impraticável, ou porque a decisão é um obstáculo para a realização de importantes objetivos veiculados por outras leis; por ser inconsistente com o senso de justiça ou com o bem estar social; quando a opinião da Corte foi emitida sem que fosse ouvida uma argumentação completa; ou quando se tratar de uma regra processual.

Pois bem. Elucidou-se acima, ainda que brevemente, o funcionamento do Poder Judiciário Federal nos EUA, explicitando o chamado “axioma” da revisão judicial, a natureza da revisão judicial, o efeito de uma decisão de inconstitucionalidade, a questão da retroatividade, as abordagens contrastantes no que diz respeito a leis, decisões judiciais, *habeas corpus*, as diferentes visões do processo judicial, bem como o *stare decisis* na interpretação constitucional e legal.

Passa-se agora a analisar detalhadamente três decisões emanadas da Suprema Corte dos EUA: *Mapp v. Ohio* (1961), *Linkletter v. Walker* (1965) e *Stovall v. Denno* (1967). O primeiro caso servirá para contextualizar as circunstâncias em que o segundo foi decidido. O caso *Linkletter*, por sua vez, marcou uma importante ruptura na jurisprudência estadunidense acerca dos efeitos temporais de uma decisão de inconstitucionalidade. Já o caso *Stovall* sistematizou essa jurisprudência. Lembrando-se que, como já visto acima⁴⁷, essa mesma jurisprudência foi abandonada, primeiramente no âmbito criminal e, após, no âmbito civil.

⁴⁶ TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000. P. 251-4.

⁴⁷ Cf. páginas 14 a 18 deste trabalho.

1.1 Caso *Mapp v. Ohio* (1961)

A questão colocada perante a Suprema Corte no caso *Dollree Mapp v. State of Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) foi determinar se uma condenação criminal levada a efeito por uma corte estadual era válida, mesmo tendo sido baseada primariamente em objetos apreendidos em uma busca e apreensão ilícita na casa da acusada.

1.1.1 História do Caso

Em 23 de maio de 1957, três policiais chegaram à casa da Sra. Mapp após terem recebido a informação de que o suspeito de um crime estava se escondendo lá. Quando os policiais quiseram entrar na casa, a Sra. Mapp pediu-lhes que exibissem antes o mandado de busca e apreensão competente, o que não foi feito. Os policiais esperaram então do lado de fora, enquanto a Sra. Mapp ligava para seu advogado. Três horas depois, mais alguns policiais chegaram ao local e uma das portas da casa foi arrombada. O advogado da Sra. Mapp também chegou ao local, mas os policiais não permitiram que ele se entrevistasse com sua cliente.

Dentro da casa, a Sra. Mapp novamente requisitou que os policiais mostrassem o mandado. Um policial exibiu rapidamente um pedaço de papel; a Sra. Mapp tomou-o para si e guardou-o junto a seu peito. Com essa atitude, foi presa e algemada por estar sendo muito agressiva. Após ela ter sido algemada, os policiais revistaram extensivamente sua casa, encontrando enfim materiais obscenos; mais especificamente, desenhos pornográficos.

Durante o julgamento, não foi apresentado nenhum mandado, e nenhuma explicação satisfatória para a incapacidade de reproduzir o mandado foi oferecida. Ainda assim, a Sra. Mapp foi condenada pela corte de primeiro grau. A Sra. Mapp recorreu para a Corte de Apelação de Ohio (*Ohio Court of Appeals*)⁴⁸, a qual manteve a decisão. Então, a Sra. Mapp

⁴⁸ Observação: o estado de Ohio conta com 3 graus de jurisdição, e não apenas 2. Cf. § 4.01 da Constituição do estado de Ohio: “Em quem o poder é investido: O poder judiciário do estado é investido em uma suprema corte,

apelou para a Suprema Corte de Ohio (*Supreme Court of Ohio*), que também manteve a decisão. Finalmente, ela recorreu para Suprema Corte dos EUA, que “notou provável jurisdição” na apelação do caso.

1.1.2 Decisão

A decisão da Suprema Corte consagrou no âmbito do processo penal estadunidense a regra⁴⁹ de exclusão (*exclusionary rule*) no sentido de que “todas as provas obtidas por meio de buscas e apreensões em violação da Constituição Federal são inadmissíveis em julgamentos criminais perante uma corte estadual”. Ademais, com essa decisão, a Corte rejeitou sua orientação jurisprudencial anterior, que se havia firmado no precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25. (1949).

O julgamento da Suprema Corte de Ohio foi cassado, e a causa foi devolvida a seu conhecimento para o prosseguimento do feito.

1.1.3 Análise da Fundamentação

A opinião da maioria⁵⁰ foi redigida pelo *Justice Clark*⁵¹. Ele dividiu a argumentação em cinco partes: exame dos precedentes *Boyd* e *Weeks*, exame do precedente *Wolf*, rejeição da regra antiga, afirmação da regra nova, considerações sobre federalismo e supremacia da constituição.

O *Justice Black* redigiu uma opinião em separado, concorrendo com a opinião da maioria.

cortes de apelação, cortes de demandas comuns e subdivisões, e outras cortes inferiores à Suprema Corte que podem vir a ser estabelecidas por lei.”

⁴⁹ Sobre a distinção entre os conceitos de regra e princípio, cf. item 3.3 do presente trabalho.

⁵⁰ Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1119: “*Opinião da maioria*. Uma opinião à qual adere mais da metade dos juízes considerando um dado caso.”

⁵¹ Thomas Campbell Clark (1899 – 1977).

O *Justice* Douglas também redigiu uma opinião em separado, concorrendo com a opinião da maioria.

O *Justice* Stewart escreveu um memorando.

O *Justice* Harlan redigiu uma opinião divergente⁵², à qual os *Justices* Frankfurter e Whittaker aderiram. A argumentação desta opinião foi dividida em duas partes: crítica ao abandono da postura de “auto-restrição judicial”⁵³ (*judicial restraint*) e crítica ao silogismo central da opinião da maioria.

Cumprе analisar abaixo os argumentos da opinião da maioria e da opinião divergente.

1.1.3.1 Análise da opinião da maioria

1.1.3.1.1 Exame dos precedentes *Boyd* e *Weeks*

No caso *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886), a Suprema Corte analisou a extensão da proteção conferida pela Quarta Emenda⁵⁴ e pela Quinta Emenda⁵⁵ em uma questão tributária, concluindo que “previsões constitucionais para a segurança das pessoas e da propriedade devem ser interpretadas liberalmente (*liberally*)”⁵⁶.

No caso *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), a Suprema Corte assentou a regra de exclusão no sentido de que as cortes federais não poderiam usar como evidência em

⁵² Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1119: “*Opinião divergente*. Uma opinião feita por um ou mais juízes que discordam da decisão alcançada pela maioria. – Muitas vezes abreviada como *divergência*. – Também chamada *opinião da minoria*.”

⁵³ Contraposta à postura de ativismo judicial (*judicial activism*). Cf. nota 59.

⁵⁴ O direito do povo à segurança de sua pessoa, casa, papéis e bens (*effects*), contra arbitrárias perseguições e arbitrários sequestros, não será violado, e nenhum mandado será expedido para esse fim, senão sob fundadas presunções (*probable causes*), confirmadas por juramento ou compromisso sob palavra (*affirmation*), devendo conter uma especial designação (*describing*) do lugar em que se deve efetuar a diligência, e das pessoas ou das coisas em que deve recair a mesma.

⁵⁵ Ninguém será obrigado a responder por crime capital, ou de natureza infamante, senão em virtude de denúncia, ou acusação perante um grande júri; exceto em delitos cometidos pelas forças de terra ou mar, ou pela milícia, quando se achar em serviço ativo em tempo de guerra ou de perigo público; nem pessoa alguma poderá pelo crime, sujeitar-se por duas vezes a um processo que lhe ponha em risco a vida ou algum membro do corpo; nem poderá ser obrigada a servir de testemunha, em pleito criminal contra si mesmo, nem poderá ser privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem um devido processo legal (*due process of law*), nem a propriedade privada poderá ser tomada para uso público, sem justa compensação.

⁵⁶ O resto da passagem merece também tradução: “Uma construção restrita e literal privam-nas de metade de sua eficácia, e leva a uma gradual depreciação do direito, como se ele consistisse mais em forma do que em substância. É dever das cortes zelar pelos direitos constitucionais do cidadão, e ser contrárias a qualquer invasão furtiva com respeito a eles. Seu lema deveria ser *obsta principiis*. Nós não temos dúvidas de que o corpo legislativo é movido pelos mesmos motivos, mas a vasta acumulação de assuntos públicos levada perante ele, às vezes, impede-o de, em uma primeira apresentação, perceber objeções que se desenvolvem com o tempo e com a aplicação prática da lei objetável.”

sede de processo penal federal a correspondência obtida na casa do acusado sem o competente mandado de busca e apreensão.

1.1.3.1.2 Exame do precedente *Wolf*

No caso *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), a Suprema Corte decidiu que a doutrina elaborada no caso *Weeks* não se impunha aos processos penais *estaduais*, mas apenas aos processos penais *federais*. Essa conclusão foi obtida após uma discussão acerca do efeito da Quarta Emenda sobre os estados, em função da cláusula do devido processo (*due process clause*) contida na Décima Quarta Emenda (Seção I)⁵⁷.

A decisão da Suprema Corte no caso *Wolf* baseou-se ainda em considerações de ordem fática, isto é, na circunstância de que, à época de *Wolf*, 2/3 dos estados se opunham à regra de exclusão do caso *Weeks* (31 estados rejeitavam-na e 16 estados aceitavam-na).

1.1.3.1.3 Rejeição da regra antiga

Referência ao caso *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), em que a Corte reexaminou a doutrina da “bandeja de prata”, rejeitando-a. Em outras palavras, a Corte começou a reconhecer que o propósito da regra de exclusão era prevenir, e não reparar; isto é, sua finalidade era obrigar o respeito à garantia constitucional do único modo efetivo à disposição: removendo o incentivo a desrespeitá-la.

Nesse caso, a Corte determinou que as provas obtidas por agentes estaduais em uma busca que, se fosse conduzida por agentes federais teria violado a imunidade do réu contra buscas e apreensões “não razoáveis” advinda da Quarta Emenda, eram inadmissíveis em sede de processo criminal federal, desde que o réu objetasse tempestivamente, mesmo que não tivesse havido participação de agentes federais na busca e apreensão.

⁵⁷ Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado promulgará nem executará leis que restrinjam os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem nenhum Estado poderá privar pessoa alguma de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal (*due process of law*), nem poderá negar a ninguém, que se achar dentro da sua jurisdição, a proteção, igual para todos, das leis.

1.1.3.1.4 Afirmação da regra nova

Afirma-se nessa parte que, “como o direito à privacidade da Quarta Emenda foi declarado como oponível aos estados por meio da cláusula do devido processo da Décima Quarta, ele é oponível aos estados com a mesma sanção de exclusão que é usada em face do Governo Federal” (P. 367 U.S. 655). A ideia aqui é que não só a regra vigente em âmbito federal deve ser a mesma vigente para o âmbito estadual, mas também a sanção aplicável em caso de descumprimento da regra deve ser a mesma.

1.1.3.1.5 Considerações sobre federalismo e supremacia da constituição

É dito que um federalismo saudável depende de evitar conflitos desnecessários entre cortes estaduais e federais. Porém, antes da decisão do caso *Mapp*, um procurador federal não poderia fazer uso de provas obtidas ilegalmente, mas um promotor estadual poderia, ainda que estivessem operando supostamente de acordo com a mesma Emenda da Constituição.

Com a regra nova, a Corte afirma que será promovida a cooperação entre a União e os estados para a solução de crimes em conformidade com os mesmos padrões constitucionais.

Os críticos da regra de exclusão referem a frase do *Justice* Cardozo segundo a qual, com a aplicação dessa regra, “o criminoso segue livre porque o policial tropeçou”. Em alguns casos, isso será indubitavelmente o resultado. Mas a Corte arremata: “o criminoso segue livre, mas é o direito que o coloca em liberdade. Nada pode destruir mais rapidamente um governo do que a inobservância de suas próprias leis, ou, ainda pior, a desconsideração da carta de sua própria existência” (P. 367 U.S. 659).

1.1.3.2 Opinião concorrente do *Justice Black*

Para o *Justice Black*, a Quarta Emenda, por si só, não teria força para evitar a introdução de provas obtidas por meio de buscas e apreensões ilícitas. Contudo, quando considerada conjuntamente com a Quinta Emenda, que protege o indivíduo contra a autoincriminação, surge uma base constitucional que não apenas justificaria a regra de exclusão, mas, na verdade, a exigiria.

Refere a tese do *Justice Bradley* no caso *Boyd*, no sentido de que as previsões constitucionais para a segurança das pessoas e da propriedade devem ser interpretadas liberalmente.

Há uma referência também ao caso *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), em que três agentes estaduais adentraram a casa do réu e foram até seu quarto, onde ele estava junto de sua esposa. Havia duas cápsulas sobre a mesa de cabeceira, que o réu engoliu. Após uma luta para tentar retirá-las à força, os agentes levaram o réu ao hospital, onde lhe foi aplicado um procedimento para induzir o vômito. Assim, o réu vomitou duas cápsulas, as quais, descobriu-se, continham morfina. As cápsulas foram admitidas como prova no processo penal, e o réu foi condenado perante a corte estadual.

A Suprema Corte reformou a condenação, porque considerou que ela havia sido obtida por métodos que violavam a cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda. Um ponto importante é que Corte considerou que os métodos empregados eram “chocantes à consciência”. Nesse ponto, o *Justice Black* critica os padrões flexíveis e incertos que constituiriam o “teste de choque à consciência” (“*shock-the-conscience test*”) ⁵⁸.

1.1.3.3 Opinião concorrente do *Justice Douglas*

Ele tece críticas à decisão que a Suprema Corte tomou no caso *Wolf*, no sentido de que essa decisão teria roubado da Quarta Emenda muito de sua força.

Ele afirma ainda que a decisão do caso *Wolf* gerou uma torrente de controvérsias constitucionais, bem como uma assimetria no interior do sistema jurídico, que só seriam encerradas com a decisão do caso em tela.

⁵⁸ Falando sobre o assunto em outra ocasião, ele disse o seguinte: “A opinião da maioria no caso *Rochin* exemplifica em uma situação concreta aquilo a que eu mais objeto no que eu considero ser uma interpretação sem fundamento da Cláusula do Devido Processo. Isso porque a maioria sustentou aí que a Cláusula do Devido Processo dá à Suprema Corte o poder de nulificar qualquer lei estadual se sua aplicação ‘choca a consciência’, ofende um ‘sentimento de justiça’, ou vai de encontro às ‘decências da conduta civilizada.’” BLACK, Hugo LaFayette. **A Constitutional Faith**. 3ª. impr. Nova Iorque: Alfred A. Knopf Inc., 1969. P. 29.

1.1.3.4 Análise da opinião divergente

1.1.3.4.1 Crítica ao abandono da postura de “auto-restrição judicial”⁵⁹ (*judicial restraint*)

Para o *Justice Harlan*, a questão central posta perante a Suprema Corte não era a admissibilidade em processos penais estaduais de provas obtidas ilicitamente, mas sim um ponto diverso: a questão era determinar se o artigo 2905.34 do Código Revisado de Ohio, incriminando a mera posse consciente ou controle de materiais obscenos, seria compatível com os direitos de livre pensamento e de livre expressão garantidos pela Décima Quarta Emenda em face dos estados.

Nesse sentido, afirma que cinco membros da Corte simplesmente inovaram no caso, a fim de reverter a orientação do caso *Wolf*. Afirma que a Corte não respeitou a regra de que as decisões tendo por objeto questões constitucionais devem ser evitadas sempre que for possível, e que a Corte simplesmente escolheu para decidir, dentre duas questões constitucionais, a mais difícil.

É enfatizada a importância da doutrina estabelecida pelo caso *Wolf* para a administração da justiça criminal nos estados.

O *Justice Harlan* refere outro ponto importante: nunca foi um postulado do poder judiciário que a mera alteração de disposição, ou de membros da Corte, seria suficiente para reverter, no âmbito do direito constitucional, uma decisão decidida após deliberação.

Assim, conclui que a decisão da Corte constitui uma rejeição de precedente desprovida de argumento, o que é uma situação que não contribui para promover o respeito aos processos decisórios da Corte ou à estabilidade de suas decisões.

⁵⁹ Contraposta à postura de ativismo judicial (*judicial activism*). Dworkin refere-se às duas posturas como constituindo dois *programas* diferentes (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17ª impr. Cambridge: Harvard University Press, 1999. P. 137): “O **programa do ativismo judicial** sustenta que as cortes devem aceitar as direções dos assim chamados preceitos constitucionais vagos no espírito em que eu descrevi, a despeito de razões concorrentes do tipo que eu mencionei. Elas devem desenvolver os princípios de legalidade, igualdade e o resto, revisar esses princípios de tempos em tempos à luz do que pareça para a Corte inspiração moral fresca, e julgar os atos do Congresso, dos estados, e do Presidente de acordo com isso. (Isso coloca o programa em sua forma mais forte; de fato, seus apoiadores geralmente qualificam-no em maneiras que eu ignorarei por enquanto.)

O **programa da auto-restrição** judicial, ao contrário, argumenta que as cortes devem permitir que as decisões de outros poderes do governo permaneçam, mesmo quando elas ofendem o próprio sentimento do juiz acerca dos princípios requeridos pelas doutrinas constitucionais amplas, exceto quando essas decisões são tão ofensivas à moralidade política que elas violariam os preceitos em qualquer interpretação plausível, ou, talvez, quando uma decisão em contrário é exigida por um precedente claro. (Novamente, isso coloca o programa em uma forma radical; aqueles que defendem esse curso de ação qualificam-no de diferentes modos.)”

1.1.3.4.2 Crítica ao silogismo central da opinião majoritária

Após a análise das questões preliminares acima indicadas, o *Justice* Harlan passa à análise do mérito da causa.

Sustenta que o silogismo central da opinião majoritária é este: (i) a regra excluindo dos processos criminais federais as provas produzidas por buscas e apreensões ilegais é parte da Quarta Emenda; (ii) a decisão de *Wolf* assentou que a “privacidade” garantida contra a ação federal pela Quarta Emenda também está protegida contra a ação dos estados (*state action*) pela Décima Quarta Emenda; (iii) assim sendo, é necessário, lógica e constitucionalmente, que a regra de exclusão de *Weeks* seja oponível em face dos estados.

O silogismo repousa, em última análise, sobre a premissa inválida de que, como a doutrina do caso *Wolf* importou para os estados o princípio de privacidade subjacente à Quarta Emenda, deve seguir-se necessariamente que qualquer configuração da Quarta Emenda concretizada no âmbito de precedentes federais pode ser oposta em face dos estados.

O *Justice* Harlan afirma que o que Corte faz na decisão em tela é impor aos estados padrões substantivos federais (*federal substantive standards*) acerca de buscas e apreensões, bem como o remédio federal básico para a violação desses padrões (isto é, a regra de exclusão).

Nesse sentido, critica as três principais razões oferecidas pela maioria: (a) a tese de que as bases empíricas sobre as quais repousava a decisão do caso *Wolf* teriam sido alteradas, de sorte que um número maior de estados adotaria a regra de exclusão do caso *Weeks*; (b) a tese de que a decisão iria impor a obrigação de os agentes estaduais e federais respeitarem os mesmos critérios fundamentais; (c) a analogia com a confissão forçada e a doutrina de que o modo de obtenção das provas, e não apenas sua relevância, é constitucionalmente significativo para a justiça (*fairness*) do julgamento.

Ele cita uma frase importante: “nosso sistema é acusatório, em oposição ao sistema inquisitorial. Essa tem sido a característica da justiça criminal anglo-americana desde que ela se libertou das práticas do *Star Chamber*⁶⁰ tomadas do continente, consoante as quais o acusado era interrogado em segredo por horas a fio” (P. 367 U.S. 684).

⁶⁰ Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1414: “**Star Chamber**. 1. *Histórico*. Uma corte inglesa tendo ampla jurisdição civil e criminal com base na discricionariedade do rei e conhecida por seus procedimentos secretos, arbitrários e opressivos, incluindo a auto-

Por fim, refere que a Corte já assentou a doutrina de que o privilégio contra autoincriminação da Quinta Emenda não é aplicável aos estados (citando *Cohen v. Hurley*, 366 U.S. 117 (1961)).

1.2 Caso *Linkletter v. Walker* (1965)

A questão colocada perante a Suprema Corte no caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965) foi determinar se a regra de exclusão instituída pela decisão do caso *Mapp* operava retroativamente sobre casos estaduais que já se haviam tornado finais⁶¹ anteriormente a *Mapp*.

1.2.1 História do Caso

O Sr. Linkletter foi condenado por crime (*burglary*) análogo ao crime de violação de domicílio em uma corte do distrito de Louisiana na data de 28 de maio de 1959. A pena aplicada foi de nove anos de trabalhos forçados. O acusado recorreu para a Suprema Corte estadual, que manteve sua condenação em fevereiro de 1960.

A decisão do caso *Mapp* foi publicada em 19 de junho de 1961. Imediatamente após isso, o Sr. Linkletter impetrou um *writ* de *habeas corpus* na justiça estadual de Louisiana com base na dita decisão, o qual restou indeferido. O impetrante ajuizou então ação semelhante na justiça federal local (*United States District Court*), a qual também foi negada; sobreveio recurso para a Corte de Apelação do Quinto Circuito (*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*), que manteve a decisão de primeira instância. Então, o demandante recorreu à

incriminação compulsória, a investigação inquisitória e a ausência de jurados. A Star Chamber foi abolida em 1641 por causa de seus abusos de poder. – Também chamada de *Court of Star Chamber*. **2.** Qualquer tribunal ou procedimento secreto, arbitrário ou opressivo.”

⁶¹ Para a Corte, um caso ter-se-ia tornado “final” quando a sentença condenatória já tivesse sido publicada, a disponibilidade de apelo já tivesse sido exaurida, e o prazo para a petição de *certiorari* já tivesse se esgotado anteriormente à decisão do caso *Mapp*. Cf. nota de rodapé 5 da decisão do caso *Linkletter* (Page 381 U. S. 640).

Suprema Corte, a qual, nas palavras do *Justice Clark*, “concedeu o *certiorari*”⁶² a fim de fixar aquilo que se tornou uma questão muito problemática para a administração da justiça”.

1.2.2 Decisão

A Suprema Corte manteve a decisão da Corte de Apelação do Quinto Circuito.

O núcleo da decisão da Suprema Corte foi sustentar que a regra de exclusão anunciada pelo caso *Mapp* não se aplicava a condenações estaduais que já se haviam tornado finais antes de *Mapp* ser proferida. Mas a decisão da Corte fixou também uma série de outros pontos importantes, relacionados ao núcleo da decisão, quais sejam:

(a) O efeito de uma decisão posterior de invalidade sobre julgamentos finais anteriores, quando atacados colateralmente⁶³, não é a invalidade retroativa automática, mas depende de uma consideração de relações e condutas particulares, ou direitos que já teriam sido “adquiridos” (*vested*)⁶⁴, de “status”, de determinações prévias consideradas como sendo finais, e de políticas públicas à luz da natureza da lei e de sua aplicação prévia;

(b) Não há distinção quanto a processos civis ou processos criminais;

(c) A Constituição nem proíbe nem exige o efeito retroativo e, em cada caso, a Corte determinará se uma aplicação retroativa ou prospectiva é apropriada. Essa abordagem é particularmente correta com respeito à prescrição da Quarta Emenda contra buscas e apreensões indevidas;

(d) A finalidade principal de *Mapp v. Ohio* era a imposição da Quarta Emenda por meio da inclusão da regra de exclusão no âmbito de seus direitos, e essa finalidade não seria servida fazendo com que a regra fosse aplicada retroativamente;

⁶² Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 220: “**Certiorari** [latim jurídico: “ser mais completamente informado”]. Uma ordem extraordinária emitida por uma corte de apelação, discricionariamente, determinando a uma corte inferior que remeta os autos do caso para revisão. A Suprema Corte dos EUA usa o *certiorari* para revisar a maioria dos casos que ela decide ouvir. – Abreviado como *cert.* – Também chamado *writ de certiorari.*”

⁶³ Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 255: “**Ataque colateral.** Um ataque a um julgamento alcançado em um procedimento diferente. Uma petição para um *writ de habeas corpus* é um tipo de ataque colateral. – Também chamado de *ataque indireto.*”

⁶⁴ Cf. BLACK’S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999. P. 1324: “**Direito adquirido.** Um direito que pertence de modo tão completo e definitivo a uma pessoa que não pode ser prejudicado ou retirado sem o consentimento da pessoa.”

(e) Outras áreas em que regras foram aplicadas retroativamente diziam respeito à justiça (*fairness*) do julgamento, o que não está sendo atacado neste caso; e,

(f) A data da apreensão em *Mapp* (que foi anterior à apreensão deste caso) não tem significado jurídico; a data crucial é a data do julgamento de *Mapp*, que alterou a regra.

1.2.3 Análise da Fundamentação

A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice* Clark. Ele dividiu sua argumentação em três partes: história e teoria da retroatividade⁶⁵, exame do precedente *Wolf v. Colorado*, exame do caso concreto.

O *Justice* Black redigiu uma opinião divergente, à qual o *Justice* Douglas aderiu. Sua argumentação apresenta quatro partes: comparação com outras decisões em que a corte concedeu efeito retroativo para a “regra de exclusão” (*exclusionary rule*), distinção entre a regra ser um direito dos acusados e ser uma sanção contra os oficiais de polícia, exame da tese de que a regra tornaria mais difícil a condenação dos acusados, e exame dos impactos que a concessão da retroatividade teria sobre a administração da justiça.

1.2.3.1 Análise da opinião da maioria

1.2.3.1.1 História e teoria da retroatividade

Nessa parte, refere-se a visão de Blackstone (teoria declaratória) no sentido de que as cortes não deveriam “pronunciar direito novo, mas apenas expor o velho”⁶⁶. Os juízes não

⁶⁵ Cf. nota 14.

⁶⁶ É importante fazer aqui uma citação um pouco mais extensa do próprio Blackstone (BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England**: in four books. Com notas selecionadas das edições de Archbold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr e outros. Com análise de Barron Fields e notas adicionais de George Sharswood. Vol. I. Livros I e II. Filadélfia: J.B. Lippincott Company, 1893. Edição fac-símile. P. 50-52): “Mas aqui surge uma questão muito natural e muito substancial: como devem ser conhecidos esses costumes ou máximas, e por quem sua validade deve ser determinada? A resposta é: pelos juízes nas diversas cortes de justiça. Eles são os depositários das leis; os oráculos vivos, que têm de decidir em todos os casos de dúvida e que estão obrigados por juramento a decidir de acordo com o direito da terra (*the law of the land*). O conhecimento desse direito é derivado da experiência e do estudo; das “*viginti annorum lucubrationes*” [lucubrações de vinte anos], que Fortescue menciona; e de estar pessoalmente acostumado, desde muito tempo, às decisões judiciais de seus predecessores. E, de fato, essas decisões judiciais são as provas principais e as com

seriam criadores do direito, mas apenas seus “descobridores”. No tocante à rejeição de um precedente por uma nova decisão, a decisão primeira seria considerada falha, isto é, seria considerada como nunca tendo sido o verdadeiro direito. A nova decisão é que seria o verdadeiro direito. A visão blackstoniana foi adotada pela Suprema Corte no caso *Norton v. Shelby County*, 118 U. S. 425 (1886).

Em contraposição, refere-se também a visão de Austin no sentido de que os juízes fazem efetivamente algo mais do que apenas “descobrir” o direito: os juízes complementam a lei por meio da interpretação de termos vagos, indefinidos ou genéricos. No tocante à rejeição de um precedente por uma nova decisão, fica implícito que a decisão anterior havia sido erroneamente determinada. Mas a decisão anterior é considerada como um fato jurídico tendo existência até o momento da nova decisão. Assim, os casos intermediários não devem ser alterados.

A seguir, referem-se precedentes nos quais a Corte foi se orientando para a visão austiniana, como, por exemplo, o caso *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932), em que a opinião da Corte foi escrita pelo *Justice Cardozo*⁶⁷. Outro

maior autoridade, que se pode dar acerca da existência de um costume, como fazendo parte do direito da terra. O próprio julgamento e todo o procedimento anterior a ele são cuidadosamente registrados e preservados, sob o nome de *autos (records)*, em repositórios públicos destinados a esse propósito específico; e a eles recorre-se com frequência, quando qualquer questão crítica surge, para cuja resolução precedentes anteriores possam iluminar ou auxiliar. E, portanto, desde o tempo da conquista [normanda], encontramos a “*praeteritorum memoria eventorum*” [memória dos acontecimentos passados] sendo considerada como uma das qualificações principais daquelas que eram tidas como “*legibus patriae optime instituti*” [leis da pátria otimamente instituídas]. Isso porque é uma regra estabelecida obedecer a precedentes anteriores, desde que os mesmos pontos ressurgam no litígio; bem como manter a balança da justiça uniforme e constante, e não suscetível de oscilação a cada decisão de um juiz novo; e também porque, sendo solenemente declarado e determinado o direito daquele caso, que antes era incerto, e talvez indiferente, se torna agora uma regra permanente, acerca da qual não é dado a qualquer juiz subsequente alterar ou destoar, de acordo com seus sentimentos privados: ele, tendo jurado decidir, não de acordo com seu juízo privado, mas de acordo com as leis e costumes conhecidos da terra; **não tendo sido delegado a pronunciar um novo direito, mas a manter e expor o anterior**. Ainda assim, essa regra admite exceção, quando a determinação anterior for muito evidentemente contrária à razão; e, muito mais, se ela for contrária ao direito divino. Mas mesmo nesses casos os juízes subsequentes não pretendem fazer um direito novo, mas apenas vindicar o anterior de uma representação incorreta. Pois, se for constatado que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, será declarado não que tal sentença era *mau direito*, mas que ela *não era o direito*; isto é, que não era o costume estabelecido do reino, tendo sido erroneamente decidido. E assim é que nossos advogados, com justiça, são tão copiosos em seus encômios acerca da razão no direito da terra; por isso que nos dizem que o direito é a perfeição da razão, que ele sempre visa a conformar-se a ela, e que aquilo que não é racional não é direito. Não é que a razão específica de cada regra contida nas leis possa ser, a essa distância histórica, sempre indicada de modo preciso; mas é suficiente que não haja nada na regra que seja diretamente contraditório com a razão, para que o direito a presuma bem fundamentada. E tem sido uma observação antiga nas leis da Inglaterra que, sempre que uma regra jurídica vigente, cuja razão talvez não possa ser lembrada ou discernida, tenha sido arbitrariamente violada por leis (*statutes*) ou novas resoluções, a sabedoria da regra se tenha finalmente apresentado, a partir das inconveniências que se seguiram à inovação **(negrito adicionado)**.”

⁶⁷ Nessa decisão, o *Justice Cardozo* colocou a questão da retroatividade em conexão com a cláusula do devido processo e com os poderes dos estados federados. Alegava-se então que a Constituição dos EUA teria sido

caso foi *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank*, 308 U. S. 371 (1940), em que restou decidido que a existência do direito antes da decisão de inconstitucionalidade “é um fato operativo, e pode ter consequências que não podem ser adequadamente ignoradas. O passado nem sempre pode ser apagado por uma nova declaração judicial”.

Considera-se ainda uma forma diferente de retroatividade limitada, que foi estabelecida pelo caso *United States v. Schooner Peggy*, 1 Cranch 103 (1801). Nesse caso, o que houve foi uma mudança no direito em decorrência da assinatura de um tratado internacional.

A mesma abordagem do caso acima foi aplicada em casos de mudança legislativa, como *Carpenter v. Wabash R. Co.*, 309 U. S. 23 (1940); de emenda à Constituição, como *United States v. Chambers*, 291 U. S. 217 (1934); e de decisões judiciais que modificaram ou rejeitaram precedentes anteriores, como *Vandenbark v. Owens-Illinois Glass Co.*, 311 U. S. 538 (1941).

Assim, chega-se à formulação das seguintes regras: (i) uma mudança no direito terá efeito enquanto o caso estiver em revisão direta; e (ii) o efeito de uma decisão subsequente de invalidade sobre decisões anteriores já finalizadas, quando atacadas colateralmente, não está submetido a um dado “princípio de invalidade retroativa absoluta”, mas depende de uma consideração de relações particulares, condutas particulares, direitos que já teriam sido “adquiridos”, “status”, de determinações prévias consideradas como sendo finais, e de políticas públicas à luz da natureza da lei e de sua aplicação prévia.

A regra aceita então seria que, nos casos apropriados, a Corte poderia tornar sua decisão prospectiva, de acordo com o interesse da justiça.

Segue-se uma discussão sobre se a mesma linha de raciocínio poderia ser aplicada na seara da jurisdição constitucional. A Corte reconhece que, até então, já havia aplicado várias vezes novas regras constitucionais para casos finalizados antes da promulgação da regra.

Mas a Corte afirma, citando o *Justice* Cardozo, que a Constituição nem proíbe, nem exige o efeito retroativo. Portanto, a tarefa da Corte é pesar os méritos e deméritos em cada

infringida, porque o precedente do caso *Doney* teria sido rejeitado e, mesmo tendo sido rejeitado, teria sido seguido. O *Justice* Cardozo acabou concluindo que os estados têm autonomia para escolher qual filosofia jurídica vão seguir. É interessante ler os termos em que se refere à teoria declaratória: “[...] *Por outro lado, ele [o estado] pode aderir ao antigo dogma de que o direito declarado por suas cortes tem uma existência platônica ou ideal anterior ao ato de declaração, hipótese em que a declaração duvidosa será vista como se nunca tivesse existido, e a declaração reconsiderada como o que é direito desde o começo.* *Tidal Oil Co. v. Flanagan*, supra; *Fleming v. Fleming*, supra; *Central Land Co. v. Laidley*, 159 U. S. 103, 159 U. S. 112; ver, no entanto, *Montana Bank v. Yellowstone County*, supra.” (Page 287 U. S. 365).

caso, examinando a história prévia da regra em questão, sua finalidade e efeito, e se a operação retroativa vai avançar ou retardar essa finalidade.

A Corte encerra essa parte citando o *Justice* Holmes, para quem “a vida do direito não tem sido lógica; ela tem sido experiência”⁶⁸.

1.2.3.1.2 Exame do precedente *Wolf v. Colorado*

No caso *Wolf*, a Suprema Corte reconheceu que o direito à privacidade, que seria o núcleo da Quarta Emenda, constituiria um direito tão fundamental que estaria implícito no “conceito de liberdade ordenada”⁶⁹, e seria, portanto, oponível contra os estados por meio da Décima Quarta Emenda. Contudo, reconheceu também que a questão sobre os modos de implementação desse direito fundamental não poderia ser respondida dogmaticamente, ou seja, não se deveria afastar a possibilidade de múltiplas soluções.

São tecidas considerações sobre a assimetria introduzida no ordenamento jurídico pelo caso *Wolf*.

1.2.3.1.3 Exame dos efeitos da doutrina do caso *Wolf*

Nesta parte, considera-se o alcance dos efeitos da doutrina do caso *Wolf*. Os milhares de casos decididos com base nesta doutrina não poderiam ser desconstituídos.

São referidos dois casos nos quais a Suprema Corte ordenou a realização de novos julgamentos muitos anos depois: 21 anos depois em *Fay v. Noia*, 372 U. S. 391 (1963), e 25 anos depois em *Reck v. Pate*, 367 U. S. 433 (1961). Contudo, em ambos os casos, tratava-se de confissões forçadas. A diferença é que o princípio, de que uma confissão forçada não é admissível em um julgamento, pré-existia às condenações obtidas em ambos os casos. Assim, não havia nenhuma questão de operação retroativa, pois não houvera inovação.

⁶⁸ A frase está logo no começo de sua obra *The Common Law*: “O objetivo deste livro é apresentar uma visão geral do *Common Law*. A fim de ter êxito na tarefa, são necessárias outras ferramentas além da lógica. Uma coisa é mostrar que a consistência de um sistema exige um resultado específico, mas isso não é tudo. A vida do direito não tem sido lógica: ela tem sido experiência. As necessidades sentidas a cada tempo, as teorias morais e políticas prevalentes, as inspirações das políticas públicas, manifestas ou inconscientes, até mesmo os pré-juízos que os juizes compartilham com seus concidadãos, têm tido muito mais a ver com a determinação das regras mediante as quais os homens devem ser governados do que o silogismo”. HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. 2ª. Impr. Cambridge: Harvard University Press, 1967. P.5.

⁶⁹ A referência é ao conceito elaborado no caso *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), cuja opinião foi escrita pelo *Justice* Cardozo.

1.2.3.2 Análise da opinião divergente

O *Justice Black* inicia sua opinião divergente destacando o fato de que a data do crime cometido pela Sra. Mapp (23 de maio de 1957) era anterior à data do crime cometido pelo Sr. Linkletter (16 de agosto de 1958). Contudo, o Sr. Linkletter foi julgado antes do julgamento da Sra. Mapp: o processo daquele durou 1 ano e 7 meses, enquanto que o desta durou 2 anos e 10 meses. Assim, se as cortes de Ohio tivessem procedido com a mesma velocidade que as de Louisiana, a condenação de Linkletter não seria final antes da decisão de *Mapp*, o que permitiria que Linkletter pedisse a reforma de sua condenação.

O *Justice Black* critica a decisão tomada pela maioria, porque ela residiria sobre a noção de que a Quarta Emenda protegia o crime cometido em 1957 contra uma condenação obtida por meio de provas inconstitucionais, mas não protegia o crime cometido em 1958.

O *Justice Black* lembra que a Corte já havia aplicado novas regras constitucionais para casos finalizados antes do anúncio da nova regra, citando alguns exemplos.

Diz que o presente caso não deve ser decidido com base em argumentos sobre se os juízes “criam” o direito ou o “descobrem” quando estão a interpretar a Constituição. Refere o caso *Chicot County Drainage District* (1940), no qual a Corte sustentou que um princípio geral de invalidade retroativa absoluta não pode ser justificado.

Cita o caso *Mosser v. Darrow*, 341 U. S. 267 (1951), em que defendeu a aplicação prospectiva num caso civil. No entanto, menciona também o caso *James v. United States*, 366 U. S. 213 (1961), em que rejeitou a aplicação prospectiva, por tratar-se de um caso criminal. Nesta última decisão, disse que

uma das grandes restrições inerentes acerca de esta Corte abandonar o campo da interpretação e adentrar o campo da legislação tem sido o fato de que seus julgamentos não podem ser limitados a ter aplicação prospectiva. Essa Corte e, de fato, todos os ramos do Governo, têm sempre compreendido que legislar prospectivamente é função do Congresso, e não das cortes (P. 381 U.S. 644).

Prossegue dizendo que mantém a opinião do caso *James*, de sorte que se opõe a uma regra geral de aplicação prospectiva de novas interpretações em direito criminal. Admite que, em certas circunstâncias, a aplicação retroativa poderia gerar consequências injustas; mas isso não ocorre no caso do Sr. Linkletter. Afirma que o estado de Louisiana não tem um “direito

adquirido” de manter o Sr. Linkletter na prisão. Assim, o *Justice Black* diz que aplicaria a regra de *Mapp* para as condenações inconstitucionais que resultaram na prisão de pessoas.

Critica também o padrão mais recente da Corte de empregar um “processo de balanceamento” (*balancing process*) contrariamente a garantias da *Bill of Rights*, para o efeito de rejeitar em grande medida as salvaguardas da Quarta Emenda.

1.2.3.2.1 Comparação com outras decisões em que a corte concedeu efeito retroativo para a “regra de exclusão” (*exclusionary rule*)

Diz o *Justice Black* que esta seria a primeira vez que a Corte se nega a dar a um réu previamente condenado o benefício de uma interpretação nova e mais expansiva da *Bill of Rights*.

Refere novamente os casos *Fay* e *Reck*, nos quais a Corte reconheceu que o procedimento de *habeas corpus* federal era a medida cabível para tentar reverter condenações inconstitucionais que já se haviam tornado finais.

O *Justice Black* aduz razões para que a regra de exclusão de *Mapp* seja dada a mesma dignidade e efeito que a regra de exclusão da confissão forçada. Diz que *Mapp* recorreu bastante ao caso *Boyd*; *Boyd*, por sua vez, recorreu à Quinta Emenda. A Corte, ao decidir *Boyd*, sustentou que a proibição contra autoincriminação da Quinta Emenda oferecia justificativa constitucional para a exclusão de provas obtidas por meio de buscas e apreensões antijurídicas. A Corte entendeu que esse tipo de busca e apreensão tem o efeito de compelir a pessoa que teve sua propriedade apreendida a prestar provas contra si mesma.

Afirma que a opinião da Corte em *Mapp* reconheceu a Quarta e a Quinta Emendas como inseparáveis desde o ponto de vista da regra de exclusão.

1.2.3.2.2 Distinção entre a regra ser um direito dos acusados e ser uma sanção contra os agentes policiais

Segundo o *Justice Black*, uma das razões centrais da opinião da maioria para negar a aplicação da regra de exclusão neste caso é a tese de que a finalidade da regra seria evitar que os policiais fizessem buscas e apreensões antijurídicas. Para o *Justice Black*, isso implicaria que a regra de exclusão não é um direito ou privilégio concedido aos acusados, mas é uma

espécie de punição aplicada aos policiais. Mas se é assim, o comportamento da Corte estaria ainda mais perto da atividade legislativa do que da interpretação da Constituição.

Prossegue sustentando que nada na decisão do caso *Mapp* indica que a regra de exclusão de buscas e apreensões deva ser limitada, sob o fundamento de que ela não teria nenhuma outra finalidade a não ser deter os agentes policiais.

1.2.3.2.3 Exame da tese de que a regra tornaria mais difícil a condenação dos acusados

O *Justice Black* diz que, para a Corte, a finalidade da regra de exclusão de prevenir que os agentes policiais façam buscas e apreensões antijurídicas não seria servida pela libertação em massa de vítimas culpadas. Porém, aduz que não há provavelmente nenhum direito na *Bill of Rights* que não torne mais difícil a condenação de acusados. Mas todos esses direitos assentam-se sobre a premissa de que as salvaguardas da *Bill of Rights* devem ser implementadas pelas cortes, sem que se leve em conta a posição de juízes particulares sobre se mais pessoas poderiam ser condenadas caso as cortes não protegessem esses direitos.

1.2.3.2.4 Exame dos impactos que a atribuição de retroatividade teria sobre a administração da justiça

O *Justice Black* diz que, segundo a Corte, a aplicação retroativa da regra de exclusão sobrecarregaria a administração da justiça com a feitura de novas audiências, localização de provas e de testemunhas etc. Contudo, o mesmo argumento poderia ser aplicado com muito mais força aos casos *Reck* e *Fay*, já referidos.

De fato, no caso *Fay*, a Corte explicou em uma opinião extensa e notável que o *habeas corpus* foi projetado para ultrapassar julgamentos “finais” e para libertar pessoas que estivessem presas com base em condenações obtidas mediante denegação de direitos constitucionais. O caso *Fay* estava baseado no princípio correto de que pessoas que estão na cadeia, mas que foram condenadas por meio de provas inconstitucionais, têm direito a um novo julgamento, dispondo de todas as salvaguardas que a Constituição lhes oferece, sem levar-se em conta o momento em que foram colocadas na cadeia.

Por fim, afirma que não se deve considerar que algum estado tenha um “direito adquirido” em manter na cadeia prisioneiros que foram condenados em função de condutas

antijurídicas praticadas por agentes desse estado. Para o *Justice Black*, a opinião da maioria está baseada na premissa de que o interesse do estado em manter as condenações obtidas com fundamento na regra anterior *tem mais peso (outweighs)* do que os interesses do próprio estado e dos indivíduos condenados em afastar as condenações errôneas.

1.3 Caso *Stovall v. Denno* (1967)

As questões colocadas perante a Suprema Corte no caso *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967) foram: (i) determinar a extensão em que as regras anunciadas no caso *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967) e no caso *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967) deveriam ser aplicadas retroativamente; e (ii) determinar se, de qualquer modo, o demandante havia sido condenado em violação ao devido processo legal (*due process of law*) contido na Décima Quarta Emenda.

1.3.1 História do Caso

Em 23 de agosto de 1961, o Dr. Paul Behrendt foi esfaqueado até a morte na cozinha de sua casa em Long Island. Sua esposa, após lutar com o agressor, foi esfaqueada 11 vezes. A polícia encontrou uma camisa no chão da cozinha contendo chaves no bolso, o que fez com que se chegasse até o Sr. Stovall, que foi preso no dia 24. Como a Sra. Behrendt estava hospitalizada, necessitando de intervenção cirúrgica em função dos ferimentos, a polícia levou o suspeito ao hospital onde ela estava internada, sem dar-lhe a oportunidade de contratar um advogado.

No dia 25, o suspeito foi conduzido ao quarto da Sra. Behrendt. Ele estava algemado a um dos cinco policiais que o levaram até lá, juntamente com dois membros da promotoria. O suspeito era a única pessoa negra no quarto; um dos policiais perguntou à Sra. Behrendt se ele “era o homem”, e ela o identificou como sendo o autor do crime.

No julgamento, a Sra. Behrendt e os policiais testemunharam acerca dessa identificação. O acusado foi então condenado e sentenciado à morte. A Corte de Apelação de Nova Iorque manteve a sentença.

Então, o réu impetrou um *habeas corpus* federal junto à Corte Distrital para o Distrito Sul de Nova Iorque, alegando violação de direitos protegidos pelas Quinta, Sexta e Décima Quarta Emenda. A ação foi rejeitada. O condenado recorreu para a Corte de Apelação do Segundo Circuito, que, inicialmente, reverteu a rejeição; porém, em julgamento plenário, cassou sua decisão anterior e manteve a decisão de primeiro grau.

1.3.2 Decisão

O caso *Stovall* sedimentou a orientação traçada no caso *Linkletter*, sintetizando-a em três critérios (“*three-pronged analysis*”) a serem avaliados para a atribuição de efeitos retroativos ou prospectivos à decisão da Suprema Corte: (a) o propósito a ser servido pelos novos padrões; (b) a extensão da confiança nos padrões antigos por parte das autoridades policiais; e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos padrões novos.

Um ponto importante da decisão é o seguinte: enquanto que, no caso *Linkletter*, a Corte decidiu que a regra de exclusão não se aplicava apenas aos casos já finalizados, no caso *Stovall*, a Corte decidiu que ela não se aplicava também aos casos que ainda se encontravam nas diversas fases de julgamento ou em revisão direta (portanto, ainda não finalizados).

1.3.3 Análise da Fundamentação

A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice Brennan*⁷⁰. Ele dividiu sua argumentação em duas partes: a extensão em que as regras anunciadas no caso *Wade* e no

⁷⁰ William Joseph Brennan, Jr. (1906 – 1997).

caso *Gilbert* deveriam ser aplicadas retroativamente e o exame da alegada violação ao devido processo legal (*due process of law*).

O *Justice* Douglas emitiu a opinião de que deveria ser dado efeito retroativo à privação do direito à defesa.

O *Justice* Fortas opinou que o julgamento deveria ser cassado, e o caso submetido a novo procedimento.

Os *Justices* White, Harlan e Stewart não identificaram nenhum erro constitucional no procedimento a que o condenado foi submetido.

O *Justice* Black redigiu uma opinião divergente.

1.3.3.1 Análise da opinião da maioria

1.3.3.1.1 Extensão em que as regras anunciadas nos casos *Wade* e *Gilbert* deveriam ser aplicadas retroativamente

Os casos *Wade* e *Gilbert* consagraram regras de exclusão relativas à exibição de acusados para testemunhas antes do julgamento, para fins de identificação, sem aviso da defesa ou na ausência desta.

A Corte concluiu, no entanto, que as regras de *Wade* e *Gilbert* não deveriam ter efeito retroativo.

Ademais, assentou que não deveria ser feita distinção entre as condenações já finalizadas e as condenações nas várias etapas de julgamento ou de revisão direta. Os critérios de confiança nos padrões antigos e de impacto sobre a administração da justiça justificariam a desconsideração da distinção acima.

1.3.3.1.2 Exame da alegada violação ao devido processo legal (*due process of law*)

A Corte reconheceu que a prática de exibir suspeitos individualmente para identificação, e não no âmbito de uma linha de identificação, era amplamente condenada. Mas ponderou que a eventual violação ao devido processo legal em um procedimento de confrontação depende da totalidade das circunstâncias envolvidas. Os fatos do caso demonstravam que a exibição de Stovall perante a Sra. Behrendt no contexto de uma

confrontação imediata no hospital era algo que se impunha. Ela era a única pessoa no mundo que poderia exonerar Stovall; além disso, ninguém sabia quanto tempo de vida a Sra. Behrendt ainda possuía, e ela não tinha condições de ir até a prisão. Assim, a polícia adotou o único procedimento factível, levando Stovall até o hospital. A linha de identificação costumeira, na delegacia de polícia, estava fora de cogitação.

1.3.3.2 Análise da opinião divergente

O *Justice Black* divergiu da opinião da maioria, dizendo que o entendimento da maioria fazia com que pessoas cumprissem sentenças alcançadas mediante o uso de provas inconstitucionais.

Afirmou que, uma vez que a Corte tenha determinado o que a Constituição diz, a Corte não teria o poder de, sopesando interesses contrapostos, legislar um cronograma acerca de quando os dispositivos da Constituição vão surtir efeito.

Fez remissão às razões expostas em sua opinião divergente no caso *Linkletter*, no sentido de que todos os condenados por meio de provas inconstitucionais deveriam obter o benefício de regras constitucionais recém anunciadas.

Após essas considerações, analisou a questão do devido processo legal.

2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A EXPERIÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Como é sabido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deu ao Supremo Tribunal Federal – STF a competência para ser o *guarda da Constituição* (art. 102). Com o advento da Lei nº 9.868/1999, que disciplinou o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade – ADI e da ação declaratória de constitucionalidade – ADC, e da Lei nº 9.882/1999, que disciplinou o processamento e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, colocou-se perante o STF de maneira acentuada a questão da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sobretudo com fundamento nas normas positivadas pelo art. 11, §1º e pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999⁷¹ e pelo art. 11 da Lei nº 9.882/1999⁷².

Após alguns anos, a mesma questão colocou-se perante o STF também em sede de controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, o STF já foi chamado a decidir sobre a modulação dos efeitos temporais em uma série importante de decisões, em alguns casos decidindo a favor da modulação; em outros, rejeitando-a.

Como exemplos disso, apontam-se os seguintes acórdãos: Recurso Extraordinário nº 197.917 (sobre a proporcionalidade entre o número de vereadores e a população do município, cf. item 2.1 abaixo), Recurso Extraordinário nº 370.682 (acerca do crédito

⁷¹ “Art. 11. § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.”

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

Note-se que a constitucionalidade do art. 27 é objeto das ADIs 2.154 e 2.258, pendentes de julgamento no STF. Situação curiosa ocorrerá se o STF decidir pela procedência das ações, pois terá de declarar a inconstitucionalidade *ex tunc* da norma do referido artigo, sem possibilidade de modulação. Nesse contexto, como ficarão todas as decisões que tiveram seus efeitos modulados com base nesse artigo? A modulação terá de ser desconstituída em todos esses casos, com eficácia *ex tunc*?...

⁷² “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.”

presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI)⁷³, Recurso Extraordinário nº 377.457 (acerca da Contribuição Social sobre o Faturamento – COFINS para sociedades civis), Recurso Extraordinário nº 442.683 (sobre progressão de servidores públicos mediante concurso interno), Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 587.604 (também acerca da COFINS para sociedades civis), Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 592.148 (*idem*).

A questão colocou-se também pela via do *habeas corpus*: no *Habeas Corpus* nº 82.959 (sobre progressão de regime para condenados por crimes hediondos, cf. item 2.3 abaixo).

A questão colocou-se ainda pela via do mandado de segurança: Mandado de Segurança nº 26.602, Mandado de Segurança nº 26.603 e Mandado de Segurança nº 26.604 (todos sobre a fidelidade partidária e perda de mandato eletivo).

Colocou-se também por via de ação cautelar inominada, no caso da Segunda Medida Cautelar em Petição nº 2.859 (cf. item 2.2 abaixo).

No que segue, serão examinadas algumas das decisões mais significativas do STF nas quais foi empregada a modulação dos efeitos, a fim de buscar compreender a jurisprudência do tribunal sobre o assunto.

2.1 Recurso Extraordinário nº 197.917 SP – Câmara Municipal de Mira Estrela (2004)

2.1.1 História do Caso

O caso nasceu de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo – MPSP visando a diminuir de 11 para 9 o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela na legislatura 1993-1997 e a obter declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 6º, parágrafo único, da Lei Orgânica do município. O MPSP argumentou que a referida norma violava o disposto no art. 29, IV, “a” da Constituição da

⁷³ No voto sobre questão de ordem do Ministro Joaquim Barbosa, é apontado que o caso *Linkletter* foi rejeitado tanto na esfera criminal quanto na esfera cível pela jurisprudência contemporânea da Suprema Corte. Cf. Capítulo 1 deste trabalho, especificamente a discussão sobre os casos *Griffith* e *Harper*.

República⁷⁴ (na redação anterior à Emenda Constitucional nº 58 de 2009), já que o município possuía, à época, população de apenas 2.651 habitantes.

No primeiro grau, a ação foi julgada procedente, com a consequente redução do número de vereadores de Mira Estrela para 9 e a extinção dos dois mandatos parlamentares excessivos.

Sobreveio apelação interposta pelo Município e pela Câmara de Vereadores. O Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP deu provimento ao recurso, com o fundamento de que o número de 11 vereadores não se afastava dos limites estabelecidos pela Constituição, coincidindo com a composição da legislatura 1993-1997. O TJSP decidiu, portanto, que não havia violação à Constituição da República.

Contra o acórdão foi interposto recurso extraordinário para o STF, sendo aí admitido para julgamento.

2.1.2 Decisão

O STF, por maioria de votos, decidiu dar parcial provimento ao recurso para, restabelecendo em parte a decisão de primeiro grau, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica nº 226, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adotasse as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros então fixados, respeitados os mandatos dos então vereadores.

É interessante confrontar o resultado do julgamento com o disposto na Emenda Constitucional nº 58, de 23 de setembro de 2009, que alterou a redação do inciso IV do caput do art. 29 e do art. 29-A da Constituição.

⁷⁴ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:
a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;

2.1.3 Análise da Fundamentação

2.1.3.1 Voto do Ministro relator

O relator foi o Ministro Maurício Correa. O voto examinou o conteúdo da proporcionalidade entre vereadores e população, bem como os limites da autonomia municipal. Ele iniciou seu voto fazendo uma resenha histórica do que as constituições do país determinaram acerca do assunto (§2 – §9).

Após, dissertou sobre as diferentes correntes que se estabeleceram na doutrina e na jurisprudência sobre a matéria (§10 – §14).

Defendeu então a tese da proporcionalidade aritmética entre vereadores e população (§15).

Do §19 até o §23, fez uma análise da *mens legislatoris*, isto é, da intenção do constituinte originário.

A partir do §25, examinou os exemplos estatísticos levados aos autos, concernentes a uma série de municípios paulistas em que o número de vereadores se mostrava desproporcional com relação ao número de habitantes.

Referiu no §27 o princípio da isonomia, dizendo que o sistema até então adotado para a proporcionalidade o desrespeitava de modo claro.

Referiu no §31 o que chamou de “projeção material do princípio do devido processo legal”. Disse no § 32 que a edição de leis destituídas de razoabilidade pode caracterizar excesso do poder de legislar.

Afirmou que “a proporção reclama observância dos princípios da razoabilidade e da isonomia” (P. 385).

A seguir (§36), o Ministro mencionou as várias concepções para o cálculo de uma fórmula precisa que respeitasse a proporcionalidade fixada na Constituição. Referiu duas concepções diferentes. A partir do §40, o Ministro passou a apresentar a fórmula que lhe parecia representar o melhor critério.

No §42, apresentou um quadro dispendo sobre a correlação entre o número de habitantes do município e o número de vereadores, dentro da faixa da alínea “a” do art. 29, IV. A partir do §44, analisou a alínea “b” do citado artigo. No §45, apresentou o quadro

respectivo. No §47, o Ministro analisou a alínea “c” do dito artigo e apresentou o quadro respectivo. No §48, apresentou o quadro final, que consiste numa compilação dos três quadros parciais referentes às alíneas “a”, “b” e “c”.

No §50, sustentou que a solução proposta estaria em consonância com os princípios da administração pública expressos pela norma do art. 37 da Constituição.

No §53, defendeu que a solução apresentada não ofendia a autonomia municipal.

No §57, afirmou que o magistrado de primeiro grau agiu bem ao declarar a inconstitucionalidade da norma da lei orgânica municipal; contudo, não poderia ter, desde logo, fixado o número de vereadores para o município, pois, assim agindo, usurpou competência reservada constitucionalmente ao Poder Legislativo municipal.

No §60, observou que, mesmo que a legislatura 1993-1997 já tivesse se encerrado, a ação proposta não havia perdido seu objeto, porque os eleitores de Mira Estrela elegeram 11 vereadores para a legislatura de 2001-2004, persistindo, dessa forma, o interesse processual.

No §61, destacou que o STF admitia o uso da ação civil pública para discutir a constitucionalidade de ato normativo, desde que essa discussão configurasse questão prejudicial, a ser decidida *incidenter tantum*, e não o pedido principal da ação.

No §62, o relator decidiu pelo conhecimento do recurso extraordinário e por seu parcial provimento.

2.1.3.2 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes

Após citar algumas passagens do voto do relator, nomeadamente §52-§55 e §57-§62, o Ministro afirmou que o relator tentou limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a qual não poderia ter eficácia *ex tunc* no caso concreto.

A seguir, o Ministro mencionou Walter Jellinek e as dificuldades envolvidas na declaração de nulidade de lei eleitoral.

No que segue, apesar de o Ministro não ter dividido seu voto-vista expressamente em partes, pode-se usar aqui a divisão que ele empregou posteriormente no julgamento da Segunda Medida Cautelar em Petição nº 2.859 (cf. item 2.2 deste trabalho), haja vista que o texto de ambas as decisões é basicamente o mesmo. Assim, pode-se dividir o restante do voto-vista do relator nas seguintes partes: limitação de efeitos no sistema difuso, limitação de

efeitos no direito brasileiro antes de 1988, limitação de efeitos após o advento da Constituição de 1988, e exame do caso concreto.

2.1.3.2.1 Limitação de efeitos no sistema difuso

Nessa parte, discute-se a possibilidade de aplicação analógica de dispositivos da Lei 9.868/99 ao controle difuso de constitucionalidade, sobretudo o art. 27 da dita lei⁷⁵.

Segundo o relator, é preciso analisar a questão inicialmente no direito americano, que seria “a matriz do sistema brasileiro de controle” (P. 407). Para esse efeito, citam-se Westel Woodbury Willoughby, Thomas M. Cooley e Laurence Tribe. Referem-se alguns precedentes da Suprema Corte americana, mais especificamente os casos⁷⁶ *Mapp v. Ohio*, *Linkletter v. Walker* e *Stovall v. Denno*.

Apointa-se que a jurisprudência constitucional estadunidense veio a admitir várias modalidades de decisão de inconstitucionalidade: “decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem”⁷⁷ (P. 409).

Afirma-se que outras cortes constitucionais adotam a técnica da limitação de efeitos, nomeadamente as cortes da Áustria, Alemanha, Espanha e Portugal, bem como o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Para o Ministro, o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos (P. 410).

O Ministro passa a discorrer então sobre a compatibilização entre as decisões tomadas no sistema concreto e no sistema abstrato, referindo a solução adotada na Áustria já na década de 1920.

Volta a referir o direito americano e as modalidades decisórias da *limited prospectivity* e da *pure prospectivity*. Sustenta que a prática da *prospectivity* no sistema americano demonstra que o controle incidental não é incompatível com a ideia de limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade (P. 411).

⁷⁵ Note-se ainda que um texto muito parecido com o constante do voto aparece em: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 1146-1147.

⁷⁶ Cf. Capítulo 1 do presente trabalho.

O Ministro passa a considerar a questão no direito brasileiro, em que convivem os sistemas difuso e concentrado. Suscita a ideia de que, com base no *direito fundamental de acesso à justiça*, seria possível objetar que haveria a frustração da expectativa das pessoas que obtiveram o reconhecimento jurisdicional do fundamento de sua pretensão (P. 412). Cita algumas passagens de Rui Medeiros, na medida em que este autor apresenta respostas à objeção.

A seguir, o Ministro expõe uma das teses centrais de seu voto. Diz que a base constitucional da limitação de efeitos se liga à necessidade de algum outro princípio que justifique a não-aplicação do assim chamado *princípio da nulidade da lei inconstitucional* (P. 413). Diz que o afastamento do princípio da nulidade terá assim fundamento constitucional, e não meras razões de conveniência (P. 414).

Novamente, fala do sistema português, que, assim como o brasileiro, possui o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade. Diz que, lá, o Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, ressaltando os casos já decididos ou os casos pendentes até certo momento. Afirma que a mesma orientação pode ser empregada no sistema brasileiro.

A seguir, aborda a questão do distanciamento temporal entre as decisões proferidas no controle concreto e no controle abstrato: decisões anteriores no sistema concreto com eficácia *ex tunc* em face de decisão posterior no sistema abstrato com eficácia *ex nunc*. Segundo o relator, o distanciamento pode causar grave insegurança jurídica. Assim, propõe que o STF declare a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* no controle abstrato ao mesmo tempo em que faz a ressalva dos casos concretos já julgados ou já iniciados até o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Segundo o Ministro, essa ressalva tem fundamento constitucional: o princípio da segurança jurídica. Para os propósitos do atual trabalho, vale a pena citar literalmente esta passagem (P. 415):

Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Para o Ministro, essa é a solução adequada para a convivência entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil.

⁷⁷ Cf. item 3.2 do presente trabalho.

2.1.3.2.2 Limitação de efeitos no direito brasileiro antes de 1988

O Ministro observa que houve na década de 1970 uma tentativa abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto, com base em Hans Kelsen. Refere-se ao Recurso Extraordinário nº 79.343, relatado pelo Ministro Leitão de Abreu⁷⁸.

Diz que, segundo a teoria da anulabilidade, a lei inconstitucional não poderia ser considerada nula, já que gozaria de presunção de constitucionalidade. Assim, a lei inconstitucional não seria nula *ipso jure*, mas sim anulável, de sorte que a declaração de inconstitucionalidade teria caráter constitutivo.

A seguir, cita extensamente a argumentação do Ministro Leitão de Abreu, o qual, por seu turno, se reporta a Hans Kelsen.

Diz que a posição do Ministro não provocou alteração na jurisprudência do STF acerca da nulidade *ipso jure*. Sustenta que o Ministro limitou-se a propor uma reflexão sobre o assunto, na condição de *obiter dictum*.

Mas o Ministro Gilmar Mendes afirma que, se a posição do Ministro Leitão de Abreu fosse aceita, estaria aberta a possibilidade para limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle concreto, de sorte que o tribunal poderia declarar incidentalmente a inconstitucionalidade, mas com eficácia restrita, permitindo que ainda fosse aplicada a norma inconstitucional ao caso concreto. Isso seria decorrente de critérios de conveniência ou política judiciária, como nos EUA.

O Ministro Gilmar Mendes diverge dessa posição, defendendo que “o princípio da nulidade enquanto cláusula não-escrita continua a ter plena aplicação entre nós” (P. 420). No entanto, o princípio não poderá ser aplicado nos casos em que for absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida. Dá como exemplos disso: casos de omissão, ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Também não deve ser aplicado nas

⁷⁸ Declaração, pelo plenário do supremo tribunal federal, da inconstitucionalidade do dec.-lei n. 322, de 7 de abril de 1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que se acharia o agente, de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 79343, relator(a): Min. Leitao de Abreu, Segunda Turma, julgado em 31/05/1977, dj 02-09-1977 pp-05970 ement vol-01068-02 pp-00553 rtj vol-00082-02 pp-00791).

hipóteses de danos para o próprio sistema jurídico constitucional, isto é, hipóteses de grave ameaça à segurança jurídica.

Novamente, afirma que, em caso de conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, a solução deve ser obtida mediante processo de complexa ponderação.

O Ministro diz que, no direito brasileiro, jamais se aceitou a ideia de que a nulidade da lei implicaria a nulidade de todos os atos que tivessem sido praticados com base nela. Mas ressalva que não há regra expressa sobre o assunto, e refere o Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976, em que se optou pelo entendimento contrário, isto é, a nulidade dos atos praticados com fundamento na lei inconstitucional⁷⁹.

O Ministro afirma que se concede proteção ao ato singular com base no princípio da segurança jurídica. Cita Jörn Ipsen e a distinção entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*).

Sustenta, pois, que os atos singulares praticados com base em lei inconstitucional que não sejam mais suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade (P. 421). Mas há uma exceção: quando se trata de sentença penal condenatória. Essa pode ser revista a qualquer tempo, por meio do procedimento da revisão criminal. Cita como precedente o *Habeas Corpus* nº 45.232⁸⁰.

A seguir, disserta sobre a ação rescisória no âmbito do processo civil. Também ela é cabível quando for declarada a inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento para o juiz. Refere o já citado Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976, bem como o Recurso

⁷⁹ A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança. Aplicação da súmula 430. Recurso desprovido. (RMS 17976, relator(a): Min. Amaral Santos, Terceira Turma, julgado em 13/09/1968, dj 26-09-1969 pp-04397 ement vol-00777-01 pp-00142 RTJ vol-00055-03 pp-00744).

⁸⁰ Inconstitucionalidade do art. 48, do DL 314, de 1967 (Lei de Segurança). O habeas corpus e meio idôneo para anular despacho do juiz que aplica no curso do processo, medida administrativa que corresponde a suspensão do exercício de direitos da profissão e do emprego em empresa privada. A medida preventiva corresponde a uma pena acessória. A sua aplicação depende de condenação em preceito que inclua também a aplicação de pena acessória. A inconstitucionalidade é decretada por ferir os arts. 150 caput e 150 par. 35, da constituição porque as medidas preventivas que importam na suspensão de direitos, ao exercício das profissões e o emprego em empresas privadas, tira ao indivíduo as condições para prover a vida e subsistência. O par. 35, do art. 150, da constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados as liberdades, ao regime de direito e as instituições políticas criadas pela constituição. A inconstitucionalidade não atinge as restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários públicos, aplicável a espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48, do referido decreto lei. A inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem a execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais. (HC 45232, relator(a): Min. Themistocles Cavalcanti, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/1968, dj 17-06-1968 pp-02228 ement vol-00721-02 pp-00792 RTJ vol-00044-03 pp-00322).

Extraordinário nº 86.056⁸¹. Por contraste ao sistema alemão, no sistema brasileiro, a sentença transitada em julgado baseada em lei inconstitucional só poderia ser atacada por meio da ação rescisória. Não pode ser obstada pela via do mandado de segurança, nem pela via dos embargos à execução.

O Ministro aduz que a Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001 alterou o CPC e a CLT para o efeito de que fossem considerados inexigíveis os títulos judiciais fundados em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. Assim, tornou-se possível invocar a inconstitucionalidade tanto em ação rescisória como em embargos à execução.

Novamente, o Ministro aponta a segurança jurídica como fundamento para impedir que uma decisão de inconstitucionalidade afete situações jurídicas consolidadas.

Nesse sentido, fala sobre a legitimidade dos atos de oficiais de justiça investidos no cargo em função de lei declarada inconstitucional posteriormente. Refere os Recursos Extraordinários nºs 79.620⁸², 78.809⁸³ e 78.594⁸⁴, nos quais se reconheceu que os atos praticados continuavam tendo validade, mesmo após a inconstitucionalidade de seu fundamento legal.

Por fim, o Ministro reporta-se a dois casos em que o STF, julgando questões relativas à remuneração de magistrados, entendeu que a garantia da irredutibilidade dos vencimentos superaria os próprios efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, nomeadamente os Recursos Extraordinários nºs 105.789 e 122.202⁸⁵. Nesse ponto, o Ministro faz uma crítica

⁸¹ Recurso extraordinário. Embargos à execução de sentença porque baseada a decisão transitada em julgado, em lei posteriormente declarada inconstitucional. A declaração da nulidade da sentença somente é possível via da ação rescisória. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 86056, relator(a): Min. Rodrigues Alckmin, primeira turma, julgado em 31/05/1977, dj 01-07-1977 pp).

⁸² Desapropriação - correção. Se a administração demora por mais de um ano, o pagamento do saldo já líquido da desapropriação, deve suportar nova atualização do valor correspondente a esse período de sua inércia (Pleno, RE 77.375, de 21.2.74, Súmula n. 286). (RE 79620, relator(a): min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma, julgado em 22/10/1974, dj 22-11-1974 pp). Cf. item 3.4 deste trabalho.

⁸³ Concubina. Indenização por serviços prestados no lar e fora dele. Inocorrência de violação do artigo 178, parágrafo 10, n. V, do código civil. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Citação do espólio na pessoa de seu inventariante. Inexistência de ofensa ao artigo 1.572 do código civil. Divergência de jurisprudência não caracterizada. Recurso extraordinário não conhecidos. (re 78809, relator(a): min. Moreira Alves, segunda turma, julgado em 15/06/1976, dj 20-08-1976 pp). Cf. Item 3.4 deste trabalho.

⁸⁴ Funcionário público. Exercício da função. De oficial validade do ato praticado por funcionário de fato. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado e válido. - recurso não conhecido. (RE 78594, relator(a): Min. Bilac Pinto, Segunda Turma, julgado em 07/06/1974, dj 04-11-1974 pp).

⁸⁵ Magistrado. Garantia constitucional da irredutibilidade de vencimento. A nova qualificação do tempo de serviço, anos depois de averbado e de haver produzido efeitos pecuniários em favor do magistrado, malferia a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, que torna intangível o direito que já nasceu e não

ao posicionamento do STF, afirmando que, nesses dois casos, falta fundamentação jurídica para a decisão tomada, aproximando-se, assim, da retórica. Diz que, nesses casos, a retroatividade poderia ter sido afastada com base no princípio da segurança jurídica.

2.1.3.2.3 Limitação de efeitos após o advento da Constituição de 1988

Nessa parte, o Ministro analisa a questão da limitação após a Constituição de 1988.

Analisa como a questão se colocou no controle concentrado, especificamente na ADI nº 513, que versou sobre dispositivo da Lei nº 8.134 de 1990. Nesse julgamento, falou-se sobre o excepcional interesse social que poderia legitimar o afastamento do princípio da nulidade da lei inconstitucional. O Ministro cita passagem do acórdão, relatado pelo Ministro Célio Borja.

Faz referência à ADI nº 1.102, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa. Refere também o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Menciona o *Habeas Corpus* nº 70.514, em que o STF reconheceu que o art. 5º, §5º da Lei nº 1.060/1950⁸⁶ era inconstitucional até que as Defensorias Públicas nos estados alcançassem o nível de organização do respectivo Ministério Público. Em outras palavras, o dispositivo atacado constituía uma “norma ainda constitucional”. O Ministro cita trechos dos votos do Ministro Moreira Alves e do Ministro Sepúlveda Pertence.

A questão da “norma ainda constitucional”, ou do “processo de inconstitucionalização”, foi colocada novamente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 147.776. Nesse caso, o Ministro Pertence argumentou que a alternativa entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei, de um lado, e a declaração de

pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo. Recurso conhecido e provido. (RE 105789, relator(a): Min. Carlos Madeira, Segunda Turma, julgado em 15/04/1986, dj 09-05-1986 pp-07629 ement vol-01418-03 pp-00438).

EMENTA: - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte. (RE 122202, Relator(a): Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 10/08/1993, DJ 08-04-1994 PP-07243 EMENT VOL-01739-05 PP-00945).

⁸⁶ “Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.”

inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*, de outro lado, ignora que a implantação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo (P. 433).

Após, o Ministro Gilmar Mendes afirma que devem ser observados os reflexos dessa orientação para a segurança jurídica.

Sustenta que a decisão do STF se inspira no Tribunal Constitucional alemão e no chamado “apelo ao legislador”, que pode ocorrer nas situações em que se verifica um “processo de inconstitucionalização”. Nessas situações, considera-se que a supressão da norma pode ser mais danosa para o sistema do que sua conservação (P. 436-7).

O Ministro afirma então que “o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão muito próximos do prisma conceitual ou ontológico” (P. 437).

Nesse sentido, sustenta que razões de segurança jurídica podem se mostrar aptas a afastar o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Passa a considerar então o art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Diz que é uma norma de caráter interpretativo, e que os conceitos jurídicos indeterminados nela contidos (segurança jurídica e excepcional interesse social) possuem base constitucional. Diz que a segurança jurídica decorre do princípio do Estado de Direito, e que o excepcional interesse social pode ser fundamentado em diversas normas constitucionais.

Conclui sua argumentação de uma forma que merece transcrição integral (P. 438):

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

2.1.3.2.4 Exame do caso concreto

O Ministro afirma que uma declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* acarretaria graves repercussões para o sistema jurídico, tanto no que respeita aos atos anteriores à eleição municipal, quanto no que respeita aos atos posteriores à eleição municipal. Os atos anteriores à eleição, como a fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos e o quociente eleitoral, teriam de ser revistos; bem como os atos

posteriores à eleição, como as deliberações tomadas pela câmara municipal no processo legislativo, incluindo as leis que foram aprovadas.

A seguir, o Ministro volta a tecer considerações sobre o sistema português. Diz que o Tribunal português está submetido ao princípio da proporcionalidade, e que as três “vertentes” do princípio se aplicam ao caso, isto é, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Cita uma passagem de Rui Medeiros.

Afirma que, no caso concreto, a decisão de caráter cassatório estaria ainda mais distante da vontade da Constituição.

Refere a decisão do Tribunal Constitucional alemão de 22 de maio de 1963, que é um exemplo clássico de processo de inconstitucionalização. No caso, houve uma mudança na estrutura demográfica das unidades da federação alemã, de sorte que a divisão dos distritos eleitorais, feita em 1949, não mais atendia às exigências do princípio da igualdade eleitoral. Mas o Tribunal entendeu que quando a lei foi promulgada, em 1961, a inconstitucionalidade não era evidente; portanto, absteve-se de declarar a inconstitucionalidade da lei, mas fez um apelo ao legislador para que tomasse as medidas necessárias com relação aos distritos eleitorais.

Esse caso colocava uma questão problemática: se o tribunal constitucional declarasse a inconstitucionalidade da lei eleitoral, teria de reconhecer a invalidade das últimas eleições, bem como a ilegitimidade do parlamento e do próprio governo. Assim, não haveria órgão com legitimidade para promulgar uma nova lei eleitoral.

O Ministro Gilmar Mendes concluiu seu voto acompanhando o relator, no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, com a ressalva de que a declaração de inconstitucionalidade da lei teria efeitos *pro futuro*: não afetaria a composição da legislatura da câmara municipal de Mira Estrela, mas caberia ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para o pleito seguinte.

2.2 Segunda Medida Cautelar em Petição nº 2.859 SP – Operação Urbana Centro (2005)

2.2.1 História do Caso

Em 06 de junho de 1997, a Prefeitura do Município de São Paulo publicou a Lei Municipal nº 12.349, que estabelecia um programa de melhorias para a área central da cidade denominado “Operação Urbana Centro”. A lei criava também incentivos e formas para a implantação do programa.

Em setembro de 1999, o Ministério Público do estado de São Paulo – MPSP ajuizou perante o Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 066.785-0/4-00, dirigida contra o §1º do art. 6º e contra a expressão “ou fora” contida nos arts. 6º e 7º da dita lei⁸⁷.

O Procurador Geral de Justiça alegou que essas normas eram inconstitucionais porque delegavam “ao Poder Executivo a competência para, aleatoriamente, estabelecer normas de zoneamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos e demais limitações administrativas fora dessa área”. Sustentou ainda violação ao art. 5º, parágrafo 1º, e ao art. 181 da Constituição do Estado de São Paulo⁸⁸.

O relator, Des. Theodoro Guimarães, subscreveu as razões articuladas no parecer do MPSP, rejeitando as preliminares e votando pela procedência do pedido. O Órgão Especial⁸⁹ do TJSP seguiu o relator, por unanimidade. O acórdão é do dia 11 de março de 2002.

⁸⁷ Art. 6º O potencial construtivo de áreas de terrenos contidos no perímetro da Operação Urbana Centro que sejam transformadas em áreas livres e verdes doadas à Prefeitura como bem de uso comum do povo, poderá ser aplicado no remanescente do próprio terreno ou transferido para outro imóvel situado no interior **ou fora** da área da Operação Urbana Centro (**negrito adicionado**).

§ 1º Quando o imóvel cessionário estiver situado fora do perímetro da Operação Urbana Centro, aplicam-se, para efeito da transferência, as disposições do artigo 7º, incisos III, IV e V e §§ 1º, 2º e 3º desta Lei (negrito adicionado).

Art. 7º Para incentivar a restauração dos imóveis classificados como Z8-200, dos já tombados e dos que vierem a ser tombados pelo Poder Público na vigência desta Lei e contidos na área da Operação Urbana Centro, será admitida a transferência de seu potencial construtivo, pelo seu valor equivalente, para outros imóveis localizados dentro **ou fora** do perímetro da Operação Urbana Centro, observadas as seguintes condições: (**negrito adicionado**).

⁸⁸ Art. 5º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. §1º. É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Art. 181. Lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.

⁸⁹ Com a presença do então desembargador Cezar Peluso.

Um ponto que deve ser destacado é este: após a decisão, houve a oposição de embargos de declaração requerendo “que fossem esclarecidos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade” (fl. 06). O tribunal estabeleceu então que a decisão produzia *efeitos imediatos*, sem aplicar, portanto, o art. 27 da Lei nº 9.868/99, isto é, sem modular os efeitos da decisão.

Inconformado, o Município de São Paulo interpôs recurso especial e recurso extraordinário contra o acórdão, alegando ainda que este recurso seria prejudicial àquele (nos termos do art. 543, §2º, CPC). Os recursos foram eventualmente admitidos pela presidência do TJSP. Ajuizou também respectivas medidas cautelares no STJ e no STF visando à concessão de efeito suspensivo aos referidos recursos. No STJ, a Medida Cautelar nº 5.982 teve sua inicial indeferida, por inexistência de interesse juridicamente protegido e para “evitar solução de continuidade”.

Contra essa decisão sobreveio o Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 5.982 – SP, relatado pela ministra Eliana Calmon. Nos autos do agravo regimental, a relatora reconsiderou sua decisão, concedendo liminar para o fim de dar efeito suspensivo ao recurso especial. Após o voto da relatora, o Ministro Franciulli Neto pediu vista dos autos. Em seu voto-vista, sustentou não ser possível constatar a prejudicialidade do RE em face do RESP. Mas concluiu que o caso ensejava a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, concordando com a relatora e atribuindo efeito suspensivo ao recurso especial. Assim, a Segunda Turma do STJ acordou em dar provimento ao dito agravo regimental em 15 de abril de 2003.

O Recurso Especial foi enfim autuado sob o nº 534.053. A relatora, Ministra Eliana Calmon, entendeu que o acórdão estadual fora decidido sob fundamento exclusivamente constitucional e que, assim, o julgamento do recurso especial deveria ser sobrestado até o julgamento do recurso extraordinário pelo STF.

No STF, foram apresentadas 2 cautelares. A primeira foi indeferida. Quanto à segunda, o Ministro Gilmar Mendes deferiu-a *ad referendum* do plenário.

Cumpra dizer que o recurso extraordinário correspondente foi finalmente autuado sob o nº 459.689. Os autos encontram-se conclusos à relatora, Ministra Ellen Gracie, desde 19/03/2010, estando pendentes de julgamento.

2.2.2 Decisão

O Plenário do STF, por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, referendou a liminar concedida, nos termos do voto do relator.

2.2.3 Análise da Fundamentação

A fundamentação do plenário do STF remeteu basicamente à fundamentação da medida cautelar antecedente, deferida de maneira monocrática pelo Ministro Gilmar Mendes. Esta, por sua vez, reportou-se aos fundamentos do voto do Ministro no julgamento do RE 197.917 (cf. item 2.1.3.2).

Como o texto é basicamente idêntico ao da decisão referida, só será analisada abaixo a parte relativa ao exame do caso concreto, que é um pouco diferente.

2.2.3.1 Exame do caso concreto

O Ministro menciona a decisão do Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 5.982, tomada pelo STJ. Refere o voto da relatora, Ministra Eliana Calmon, e o voto-vista do Ministro Franciulli Neto.

Sustenta que eventual declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* traria repercussões para todo o sistema jurídico.

Novamente, tece considerações sobre o sistema português.

Afirma a seguir que (P. 368-9):

Na espécie, não parece haver dúvida de que o deferimento do efeito suspensivo justifica-se plenamente. A aplicação da decisão impugnada poderá criar quadro de grave insegurança jurídica. É certo, ademais, que, mantida a declaração de inconstitucionalidade, afigura-se plausível pedido manifestado no sentido de sua prolação com eficácia “*ex nunc*”. Concedo, portanto, o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, *ad referendum* do Pleno, até o final julgamento da questão.

E conclui votando no sentido de que a medida liminar seja referendada pelo Plenário.

2.3 Habeas Corpus nº 82.959 SP – Lei dos Crimes Hediondos (2006)

2.3.1 História do Caso

O Sr. Oseas de Campos foi acusado da prática do delito previsto no art. 214, combinado com os arts. 224, "a", 225, § 1º, I, 226, III e 71, todos do Código Penal, perante a justiça do estado de São Paulo. Uma vez condenado, apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, o qual proveu parcialmente a apelação para o efeito de reduzir a sanção penal aplicada a 12 anos e 03 meses de reclusão, mas manteve o regime de cumprimento da pena como integralmente fechado.

Inconformado, impetrou *habeas corpus* para o STJ, onde a ordem foi registrada sob o número 23.920. Alegou em síntese que o crime cometido não poderia ser considerado hediondo, pois a violência era presumida, e não real; bem como sustentou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. O *habeas corpus* foi denegado pela Sexta Turma do STJ.

Contra a decisão do STJ, a defesa do Sr. Oseas impetrou nova ordem, dessa vez no STF, sendo o processo distribuído ao Ministro Maurício Corrêa em 01/04/2003.

2.3.2 Decisão

O STF decidiu, por maioria, deferir a ordem de *habeas corpus* e declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator. Por unanimidade, o STF explicitou que a declaração

incidental de inconstitucionalidade não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas naquela data.

2.3.3 Análise da Fundamentação

2.3.3.1 Voto do Ministro relator

O Relator foi o Ministro Marco Aurélio. Sustentou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por afronta aos princípios da isonomia, da individualização da pena, da atuação do estado voltada para o bem comum e, também, da dignidade da pessoa humana. O Relator fez remissão às razões por ele expostas no HC nº 69.657, julgado em 18/12/ 1992, no qual também foi relator.

Recuperou também os argumentos empregados no HC nº 76.371, que versou sobre a derrogação tácita da citada norma da Lei dos Crimes Hediondos pela Lei nº 9.455/97, que definiu os crimes de tortura. Isso porque esta lei permitiu a progressão de regime para o condenado por crime de tortura.

O Relator discorreu ainda sobre o enquadramento dos antigos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor como perfazendo crimes hediondos. Faz alusão ao HC nº 77.480.

Concluiu pelo deferimento da ordem.

2.3.3.2 Voto do Ministro Carlos Velloso

O Ministro fez remissão ao voto que proferiu no julgamento do HC nº 69.657. No bojo deste voto, o Ministro reportou-se ao julgamento do HC nº 69.377. A tese era de que o princípio da individualização da pena não era violado, porque o art. 59 do Código Penal permitia ao juiz a conformação de uma pena individualizada.

Discorreu sobre a segunda questão, isto é, sobre se é exigida a violência grave ou morte para que o estupro e o atentado violento ao pudor sejam considerados crimes hediondos. Cita longamente seu voto no julgamento do HC nº 81.288.

Concluiu pelo indeferimento do *writ*.

2.3.3.3 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

Emitiu um voto curto, acompanhando o Ministro Carlos Velloso no tocante à classificação de qualquer estupro ou atentado violento ao pudor como crime hediondo; mas acompanhando o Relator no que dizia respeito à inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Concluiu pelo deferimento da ordem.

2.3.3.4 Voto-vista do Ministro Cezar Peluso

Fez um pequeno relatório do que havia ocorrido no julgamento até então.

Após, passou a discorrer primeiramente sobre se o crime de atentado violento ao pudor, na forma simples, deveria ser considerado hediondo.

Sustentou que “a interpretação acertada é a que reputa hediondo somente o atentado violento ao pudor – raciocínio que se estende ao crime de estupro – qualificado pelo resultado **morte ou lesão corporal**” (P. 546).

Depois, analisou a questão da inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Afirmou (P. 553-554):

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o **princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Referiu também J. J. Gomes Canotilho.

Recordou dispositivos do Pacto de San José da Costa Rica, bem como da Lei de Execuções Penais.

Para o Ministro, então, a questão sobre eventual derrogação do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 9.455/97 estava prejudicada.

O Ministro examinou uma questão que ainda não havia sido debatida: a aplicação da causa de aumento da pena do art. 226, III do CP (o agente ser casado)⁹⁰. Teceu longas considerações sobre o assunto, concluindo, ao cabo, que a causa de aumento perdeu sua razão normativa, constituindo mero julgamento ético desfavorável ao agente casado. Assim, afasta a causa de aumento da pena imposta, anulando a sentença condenatória neste ponto particular.

Em resumo: o Ministro concedeu a ordem para garantir ao paciente o direito à progressão de regime, bem como para afastar a causa de aumento da pena prevista no art. 226, III do CP.

2.3.3.5 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes

2.3.3.5.1 Introdução

O Ministro transcreveu a síntese do caso que foi apresentada pelo Ministro Cezar Peluso e teceu algumas considerações sobre o voto deste Ministro.

2.3.3.5.2 Da progressão de regime nos crimes hediondos

A. A orientação do Supremo Tribunal Federal

O Ministro referiu a polêmica acerca da interpretação do art. 5º, XLVI da CRFB, isto é, a interpretação do princípio da individualização da pena, em face do dispositivo da Lei nº 8.072/1990 que veda a progressão de regime para os condenados por crime hediondo (§1º do art. 2º).

Afirmou que a questão havia sido discutida no julgamento do HC 69.657, ocasião em que foi sustentada a constitucionalidade do referido dispositivo. Citou trecho do Ministro Francisco Rezek.

Referiu que o Ministro Celso de Mello havia sustentado que o princípio constitucional de individualização da pena teria como destinatário apenas o legislador. Citou passagem deste ministro.

⁹⁰ A norma foi revogada pela Lei nº 11.106 de 2005.

Recordou que os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence haviam divergido da orientação acima indicada.

O Ministro Gilmar Mendes passou então a considerar os votos já lançados no caso em questão. Lembrou que o Relator, Marco Aurélio, manifestou o mesmo entendimento que já havia defendido no passado. O Ministro Ayres Britto seguiu linha semelhante. Também o Ministro Cezar Peluso argumentou em favor da inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

B. A reserva legal

O Ministro afirmou que a Constituição brasileira não conferiu um tratamento uniforme à chamada reserva legal ou restrição legal.

Disse que o art. 5º, VI, apresenta exemplo de *simples reserva legal* ou *simples restrição legal* (*einfacher Gesetzesvorbehalt*) (P. 589). Cita outros incisos do art. 5º que são também exemplos disso, a saber: incisos VI, VII, XV, XLV, XLVI e LVII.

A seguir, o Ministro afirmou que o entendimento de que a norma constitucional sobre a individualização da pena estaria dirigida apenas para o legislador esvaziaria por completo o conteúdo da norma.

Para o Ministro, o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo do condenado, que não se restringe à simples fixação da pena *in abstracto*, mas que inclui a progressão de regime (P. 591). Nesse sentido, o referido princípio assegura um direito fundamental à individualização da pena.

O Ministro afirmou que a própria reserva legal está submetida a limites; caso contrário, haveria a possibilidade de nulificação do direito fundamental por meio de decisão legislativa.

O Ministro pergunta então se o legislador poderia prescrever, face à natureza do delito, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado. Disse que essa pergunta leva a uma discussão sobre a identificação do núcleo essencial como limite do limite para o legislador (P. 592).

C. O princípio da proteção do núcleo essencial

1 Considerações preliminares

O Ministro lembrou que alguns ordenamentos jurídicos consagram uma expressa proteção do núcleo essencial, como os de Alemanha, Portugal e Espanha. Disse que nos EUA também se cogita da existência de um núcleo essencial de direitos individuais.

Afirmou que o dito princípio seria uma resposta ao poder quase ilimitado que o legislador possuía antigamente no âmbito dos direitos fundamentais. O legislador poderia “esvaziar” a eficácia dos direitos fundamentais submetidos à reserva legal.

Disse que se tentou contornar esse risco de esvaziamento com a doutrina das “garantias institucionais” (*Institutgarantien*).

Referiu que a Lei Fundamental de Bonn vinculou o legislador aos direitos fundamentais. No art. 19, II, foi consagrada a proteção do núcleo essencial (*Wesengehalt*). Citou dispositivos das constituições de Portugal e Espanha que limitam a atuação do legislador na conformação dos direitos fundamentais.

2 Diferentes posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial

Neste trecho, o Ministro analisou duas teorias acerca da proteção do núcleo essencial.

A primeira é a chamada *teoria absoluta*, que entende o núcleo essencial dos direitos fundamentais como uma unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*), isto é, “adota uma interpretação material, segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal” (P. 595).

A segunda é a chamada *teoria relativa*, que entende que o núcleo essencial deve ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo (P. 595). O núcleo essencial deveria ser aferido mediante um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade (P. 596).

Para o Ministro, as duas teorias são insuficientes. Discorreu brevemente sobre o assunto.

Após, disse que Hesse propõe uma fórmula conciliadora. Afirmou que, segundo Hesse, a proporcionalidade não deve ser interpretada em sentido meramente econômico, devendo também cuidar da harmonização da finalidade perseguida com o direito afetado pela medida (P. 598).

Sustentou que a Constituição brasileira não positivou expressamente a ideia de um núcleo essencial, mas que o princípio decorreria mesmo assim do modelo de garantias usado pelo constituinte.

Após, citou trechos do voto do Ministro Rodrigues Alckmin no julgamento da Representação nº 930 (julgada em 05/05/1976).

Em seguida, sustentou que, qualquer que seja a teoria adotada, o modelo da Lei nº 8.072/1990 afetou o núcleo essencial do direito à individualização da pena. Diz que a forma escolhida pelo legislador elimina qualquer possibilidade de progressão de regime.

Referiu texto de Maria Lúcia Karam.

Afirmou que o modelo da Lei nº 8.072/1990 é desnecessário, “uma vez que existem alternativas, igualmente eficazes e menos gravosas para a posição jurídica afetada” (P. 605). Destacou com bastante ênfase a *ausência de necessidade* da medida em questão.

Repisou alguns argumentos empregados pelos outros Ministros.

O Ministro defendeu por fim que não rejeita a ideia de uma progressividade distinta para os condenados por crime hediondo, desde que haja alguma progressividade. A proibição de progressividade não passa pelo juízo de proporcionalidade.

Referiu a Reclamação no 2.391, relatada pelo Ministro Marco Aurélio⁹¹.

D. A eventual revisão⁹² da jurisprudência

⁹¹ EMENTA: RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. CRIMINAL. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM HABEAS CORPUS. INOCORRÊNCIA. TÍTULO PRISIONAL DIVERSO DO ANALISADO NO ACÓRDÃO PARADIGMA. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS DIVERSOS DOS QUE SUSTENTARAM A PRISÃO PREVENTIVA RELAXADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. 1. Não há descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal quando a determinação nela contida venha a perder objeto, por alteração das circunstâncias fático-jurídicas que a determinaram. 2. A superveniência de sentença condenatória afasta qualquer discussão em torno da prisão preventiva anteriormente decretada. Precedentes. 3. A existência de novos fundamentos para a segregação cautelar do reclamante, que não haviam sido objeto de consideração no acórdão invocado como paradigma, obsta à concessão da tutela de urgência, na estreita via da Reclamação. 4. Inviabilidade da análise, nestes autos, dos fundamentos deduzidos na sentença para manter a prisão processual do reclamante, sob pena de supressão de instância. 5. Medida liminar indeferida. (Rcl 2391 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2003, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-01 PP-00090)

⁹² Cf. nota 22.

O Ministro passou a falar sobre o tema da evolução jurisprudencial e de possível mutação constitucional. Citou longamente trechos de Karl Larenz.

Após, referiu a obra de Inocêncio Mártires Coelho, “Interpretação Constitucional”. Disse que este autor forneceu uma releitura do fenômeno da mutação constitucional; com base em Perez Luño e Reale, sustentou que “a norma jurídica não é o *pressuposto*, mas o *resultado* do processo interpretativo ou que a *norma é sua interpretação*” (P. 610).

Afirmou que isso coincide com a tese de Häberle de que não há norma jurídica, senão a norma jurídica interpretada. Referiu ainda que esse autor introduziu o conceito de pós-compreensão (*Nachverständnis*), que seria a pré-compreensão do futuro.

Segundo o Ministro, para Häberle “uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional (Verfassungswandel)* enquanto categoria autônoma” (P. 611).

O Ministro discorreu sobre *mutação normativa* ou *evolução na interpretação*. Disse que a divisão doutrinária tradicional entre *atos legítimos* e *atos ilegítimos* encontra dificuldade para dar conta de um *processo de inconstitucionalização*.

Terminou esta parte citando mais alguns trechos de Häberle.

E. Uma nova visão dos direitos fundamentais e suas repercussões

O Ministro disse que alterações de concepções ocorrem com frequência no campo dos direitos fundamentais. Citou novamente Larenz.

Em seguida, afirmou que talvez o caso mais relevante de mutação constitucional estivesse expresso na concepção de igualdade racial nos EUA. Citou o caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) e sua superação pelo caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

Citou como outro exemplo de mudança de orientação jurisprudencial os casos⁹³ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) e *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965), que superaram a orientação do caso *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949). Discorreu sobre as decisões referidas. Citou trecho de dissertação de mestrado de Christina Aires Lima sobre a retroatividade da regra estabelecida no caso *Mapp*. Após, citou alguns trechos da opinião da maioria no caso *Linkletter*.

⁹³ Cf. itens 1.1 e 1.2 do presente trabalho.

Referiu o caso alemão *Strafgefangene* (BVerfG: Strafgefangene, Urteil v. 14.03.1972 Az. 2 BvR 41/71), passando a tecer considerações sobre o mesmo. Antes dessa decisão, considerava-se que restrições à liberdade dos presidiários poderiam ser inferidas a partir de relações peculiares de poder, sem necessidade de estarem expressas em lei. Mas o Tribunal Constitucional Federal entendeu que qualquer restrição à liberdade deve estar expressamente fundamentada em lei.

Para o Ministro, essa evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial representou uma autêntica *mutação constitucional* (cf. P. 619).

F. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Essa parte do voto do Ministro é basicamente igual ao voto por ele proferido no julgamento do RE 197.917, razão pela qual se remete o leitor ao item 2.1.3.2 do presente trabalho.

G. Conclusão

Na conclusão de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes argumentou que, como o STF havia decidido anteriormente várias vezes pela constitucionalidade da vedação de progressão de regime para condenados por crimes hediondos, a nova orientação jurisprudencial só poderia ter eficácia *ex nunc*. Disse que era um autêntico caso de revisão de jurisprudência, ou seja, *overruling*.

Assim, votou pela declaração da inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 com efeito *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1990, lei que entendeu aplicável à espécie.

Concluiu pelo deferimento da ordem de *habeas corpus*. Com relação ao enquadramento do atentado violento ao pudor como crime hediondo e no tocante à aplicação da causa de aumento da pena, o Ministro afirmou permanecer com a jurisprudência do STF.

3 TOMADA DE POSIÇÃO

Na presente Seção, cuida-se de avaliar criticamente o cerne da argumentação oferecida pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil no que diz respeito à modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Em outras palavras, busca-se avaliar na maior medida possível a *pretensão de correção*⁹⁴ dessa argumentação. Para isso, será feita uma avaliação crítica dos argumentos mais importantes que foram trazidos à baila pelo Ministro Gilmar Mendes nos votos constantes dos julgamentos examinados na Capítulo 3 do presente trabalho, pois foi a argumentação desse Ministro que conduziu o julgamento do tribunal⁹⁵.

Ressalte-se que, em função das limitações inerentes a um trabalho como o presente, não é possível abordar todos os pontos de todos os argumentos, sendo necessário restringir a análise aos mais relevantes.

3.1 Nulidade da Lei Eleitoral na República de Weimar

No tocante a Walter Jellinek e às dificuldades envolvidas na declaração de nulidade de lei eleitoral, são postos em conexão os Artigos 13, 17 e 19⁹⁶ da Constituição do Império

⁹⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. S. 33-34: “De significado central é portanto o pensamento de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. A comunidade entre o discurso jurídico e o discurso prático geral é constituída pela razão de que em ambas as formas de discurso se trata da correção de enunciados normativos. Será fundamentado que, tanto com a afirmação de um enunciado prático geral quanto com a afirmação ou proclamação de um enunciado jurídico, se levanta uma pretensão de correção”.

⁹⁵ Veja-se que, no julgamento do RE 197.917, a discussão acerca dos efeitos da decisão passou ao largo dos votos de praticamente todos os Ministros, merecendo apenas breves menções nos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso. No julgamento do HC 82.959, apenas a Ministra Ellen Gracie buscou rebater expressamente os argumentos de Gilmar Mendes acerca do assunto.

⁹⁶ **Artigo 13**

O direito imperial prevalece sobre o direito estadual.

Havendo dúvidas ou diferenças de opinião sobre se uma prescrição estadual é compatível com o direito imperial, poderá a autoridade central competente do Império ou do estado solicitar a decisão de um dos Tribunais superiores do Império, segundo as prescrições de lei imperial.

Artigo 17

Todo estado deverá ter uma constituição livre. A representação popular deverá ser eleita por sufrágio universal, igual, direto e secreto por todos os homens e mulheres alemãs do Império, de acordo com os princípios da representação proporcional. O governo estadual tem de contar com a confiança da representação popular.

Alemão (*Verfassung des Deutschen Reichs*) de 11 de agosto de 1919, também conhecida como Constituição da República de Weimar.

Preliminarmente, é necessário lembrar que coexistiam na República de Weimar um Tribunal Imperial (*Reichsgericht - RG*, previsto no art. 103), um Tribunal Estatal do Império Alemão (*Staatsgerichtshof - StGH*, previsto no art. 108), e um Tribunal Administrativo Imperial (*Reichsverwaltungsgerichts*, previsto no art. 107). Nesse panorama, o Tribunal Estatal do Império Alemão poderia ser denominado o “guarda da Constituição” (*Hüter der Verfassung*)⁹⁷. Assim, a questão em exame coloca-se no âmbito da repartição de competências para o exercício da jurisdição constitucional, e em conexão também com o federalismo.

Na passagem referida por Gilmar Mendes a título de *obiter dictum*, Walter Jellinek⁹⁸ discorre sobre os limites para a solicitação de uma decisão pelo Tribunal Imperial nos termos do art. 13, segundo parágrafo. Ele diz que o Tribunal Imperial só pode decidir quando a esperada declaração de invalidade do direito estadual esteja em posição de resolver o litígio. E isso só é o caso quando, para ocupar o lugar da lei estadual declarada como inválida, existe uma norma imperial unívoca, e não quando há uma lacuna que pode ser preenchida por mais de uma determinação de direito imperial ou por um ato da legislatura estadual.

Ele toma como exemplo o art. 17 da Constituição, consoante o qual as eleições para a representação popular nos estados individuais não podem ocorrer de outro modo que segundo os princípios da eleição proporcional. Jellinek supõe então a hipótese em que um estado escolhe um sistema eleitoral que, de acordo com a opinião do Governo Imperial, não corresponde aos princípios da eleição proporcional. Jellinek pergunta então se o Tribunal Imperial poderia declarar como inválida a lei eleitoral do estado, nos termos do art. 13 da Constituição. Diz que a consequência seria o caos, nomeadamente se a decisão do Tribunal Imperial ocorresse após a dissolução da assembleia estadual e antes da próxima eleição. Isso

Os princípios para as eleições da representação popular valem também para as eleições municipais. Mesmo assim, pode-se fazer depender a capacidade para votar da residência no município pela duração de até um ano.

Artigo 19

Acerca de conflitos constitucionais no interior de um estado, no qual não exista nenhum tribunal competente para resolvê-los, bem como acerca de conflitos de natureza não privada entre diferentes estados ou entre o Império e um estado, decidirá, com base em pedido de uma das partes litigantes, o Tribunal Estatal do Império Alemão, na medida em que outro tribunal do Império não seja competente.

O Presidente Imperial executa a decisão do Tribunal Estatal do Império.

⁹⁷ Cf. HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional**: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. P. 9, notas de rodapé 2 e 3.

porque não haveria um sistema de eleição proporcional determinável, que pudesse vigorar no lugar da lei eleitoral do estado que foi declarada como nula, mas sim vários sistemas possíveis, sob os quais o estado poderia fazer a eleição. Desse modo, o estado simplesmente não teria uma lei eleitoral, uma situação que não estaria em conformidade com a Constituição Imperial. Consequentemente, o Tribunal Imperial deveria declarar-se incompetente nesses casos; existiria então um conflito entre Império e estado, acerca do qual decidiria o Tribunal Estatal do Império Alemão, segundo o art. 19.

Vale dizer que, comentando acerca do mesmo ponto, Ottmar Bühler⁹⁹ salientou a novidade que representava na época o art. 13, segundo parágrafo, ao introduzir a possibilidade de discutir sobre a compatibilidade de uma norma de direito estadual em face do direito imperial na via de um procedimento autônomo, isto é, sem que fosse necessário discutir a compatibilidade como uma questão prejudicial no curso de um processo civil, criminal ou contencioso-administrativo.

Desse modo, vê-se que toda a discussão gira em torno da distribuição de competências constitucionais segundo a Constituição de Weimar. Ora, Gilmar Mendes refere de modo correto que o Tribunal Imperial não seria competente para decidir a questão, mas omite um ponto importante da passagem de Jellinek, a saber: a competência para o deslinde da controvérsia, no caso imaginado, seria do Tribunal Estatal do Império, a incipiente corte constitucional da Alemanha durante a época histórica em exame.

Portanto, mostra-se de modo bastante claro que tudo isso não têm qualquer relevância para a resolução das controvérsias postas na Segunda Medida Cautelar em Petição nº 2.859 e no *Habeas Corpus* nº 82.959. No tocante ao Recurso Extraordinário nº 197.917, poder-se-ia sustentar que há relevância, ao menos temática; mas não é evidente como isso estaria relacionado à distribuição de competências feita pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

⁹⁸ JELLINEK, Walter. In: **Teubners Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde**. Abt. 1. Staatskunde. Bd. 2, H. 2: Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder. 3a. ed. rev. Leipzig e Berlim: B. G. Teubner, 1927. P. 2, 27.

⁹⁹ BÜHLER, Ottmar. **La Constitución Alemana de 11 Agosto 1919**. Tradução da 3ª edição alemã por José Rovira Armengol. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1931. P.49.

3.2 Retroatividade e Prospectividade nos EUA

3.2.1 Precisão Terminológica

Gilmar Mendes faz seguidas referências aos precedentes da Suprema Corte dos EUA analisados na Capítulo 1 do presente trabalho. Nota-se desde o início, porém, uma imprecisão terminológica no tocante às chamadas “técnicas” de decisão: quando ele fala em “decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados”, vincula isso à expressão *limited retrospectivity*. Contudo, é óbvio que essa expressão se refere apenas à decisão com efeitos retroativos *limitados*, e não à decisão com efeitos retroativos *amplos*.

Gilmar Mendes apoia-se em Oswaldo Palu¹⁰⁰, que diz, por seu turno, o seguinte:

Nesse jaez, entende-se que sejam buscadas novas fórmulas para a questão da irretroatividade ou dos graus de retroatividade das sentenças de inconstitucionalidade. E a doutrina e jurisprudência norte-americanas têm as respostas nas técnicas, v.g. da *prospective overruling* e *limited retrospectivity*; justamente do país que estabeleceu a regra da nulidade absoluta da lei inconstitucional e da eficácia *ex tunc* dos julgamentos vem agora a técnica, sobretudo da *limited prospectivity*, a dispor que a sentença é aplicável somente aos processos iniciados após a decisão, inclusive afetando o processo que originou a questão; já a *prospective overruling*, ou *pure prospectivity*, exclui toda a retroatividade, não se aplicando ao processo de origem. Evidentemente, em um sistema que depende dos casos concretos (*cases*) para a declaração de inconstitucionalidade, a técnica da *pure prospectivity* gerou perplexidades, ainda que a declaração possa valer para casos concretos futuros.

No entanto, a professora estadunidense Pamela Stephens¹⁰¹ afirma isto:

Quando a Corte decide que a regra nova não deverá ser aplicada a condutas ou eventos que precederam o seu anúncio, inclusive das partes perante a Corte no caso que anuncia a regra nova, diz-se que a Corte está envolvida em “prospectividade pura” (*pure prospectivity*) ou anunciou uma “regra puramente prospectiva” (*purely prospective rule*). Quando a Corte aplica a regra anunciada aos que estão perante ela, bem como a todos aqueles cujos casos ainda são viáveis, diz-se que aplicou a regra “retroativamente” (*retroactively*)¹⁰². Muito problemática, tanto para os teóricos quanto para as cortes, é a situação na qual a Corte aplica a regra nova para as partes perante

¹⁰⁰ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 173.

¹⁰¹ STEPHENS, Pamela J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. **Syracuse Law Review**. Nova Iorque, v. 48, p. 1515-1575, 1998. P. 1516.

¹⁰² Ou, às vezes, “retrospectivamente” (*retrospectively*).

ela no caso que anuncia a regra nova, mas deixa de aplicá-la àqueles semelhantemente situados cujos casos ainda estão pendentes¹⁰³.

Com base, pois, em *Tribe*, *Stephens* e no *Justice Souter* (cf. opinião da maioria no caso *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*), pode-se fazer este quadro panorâmico:

Técnicas de decisão		
<i>Prospectividade pura</i>	<i>Retroatividade (plena), retrospectividade</i>	<i>Não-retroatividade, prospectividade modificada, prospectividade seletiva ou retroatividade limitada</i>
Não se aplica a eventos anteriores ao anúncio da regra.	Aplica-se a eventos anteriores ao anúncio da regra.	Não se aplica a eventos anteriores ao anúncio da regra.
Não se aplica às partes perante a Corte.	Aplica-se às partes perante a Corte.	Aplica-se às partes perante a Corte.

Conclui-se, pois, que tanto Gilmar Mendes quanto Oswaldo Palu incorreram em imprecisão terminológica.

3.2.2 Fases

Superada essa questão preliminar, cumpre dizer que a questão da retroatividade ou prospectividade da decisão de inconstitucionalidade, no âmbito do direito constitucional estadunidense, encontrou três respostas diferentes ao longo do tempo. Primeiramente, na esteira do pensamento de Blackstone e da teoria da nulidade da lei inconstitucional, a Suprema Corte dava efeito retroativo automático a suas decisões de inconstitucionalidade.

Em um segundo momento, na época da Corte *Warren* (marcada por grande ativismo judicial), a matéria foi tratada como uma questão de “política judiciária”. Essa é talvez a tese central do caso *Linkletter* (1965): a Constituição nem proíbe nem exige o efeito retroativo e, em cada caso, a Suprema Corte determina se a aplicação retroativa ou prospectiva é adequada.

Nesse contexto, é interessante referir o que Benjamin Cardozo¹⁰⁴, *Justice* da Suprema Corte entre 1932 e 1938, escreveu ainda em 1921 acerca da aderência ao precedente:

¹⁰³ Refere-se a isso de várias maneiras, por exemplo, não-retroatividade (*nonretroactivity*), prospectividade

Eu digo, portanto, que na vasta maioria dos casos, o efeito retroativo do direito produzido pelo juiz é sentido como não envolvendo sacrifício ou apenas aquele sacrifício que era inevitável se uma regra não havia sido declarada. Eu penso que é significativo que quando o sacrifício é entendido como muito grande ou desnecessário, a operação retroativa é negada. Tomem-se os casos em que uma corte de apelação declarou uma lei como nula e, posteriormente, voltando atrás, declara a lei como válida. As transações intervenientes foram governadas pela primeira decisão. O que deve ser dito da validade dessas transações quando a decisão for rejeitada? A maioria das cortes, no espírito do realismo, tem sustentado que a operação da lei ficou suspensa durante o intervalo. Pode ser difícil compatibilizar essas decisões com dogmas e definições abstratas. Quando tantas outras coisas que uma corte faz são feitas com força retroativa, por que traçar a linha aqui? A resposta é, eu penso, que a linha é traçada aqui, porque a injustiça e opressão de negar-se a traçá-la seria tão grande que seria intolerável.

[...]

Eu não estou certo de que qualquer distinção adequada será traçada entre uma mudança de decisão a respeito da validade de uma lei e uma mudança de decisão a respeito do sentido ou operação de uma regra de *common law*. Onde a linha divisória será um dia localizada, eu não tentarei dizer. **Mas tenho confiança de que, onde quer que seja, será governada não por concepções metafísicas acerca da natureza do direito produzido pelos juízes, nem pelo fetiche de um dogma implacável, como a divisão de poderes governamentais, mas sim por considerações de conveniência, de utilidade, e dos sentimentos mais profundos de justiça (negrito adicionado).**

Com o tempo, a Suprema Corte desenvolveu critérios mais específicos para a modulação dos efeitos. No caso *Stovall* (1967), a Corte sedimentou os critérios para a jurisdição criminal¹⁰⁵; no caso *Chevron Oil* (1971), para a jurisdição cível. Sobre essa dicotomia criminal-cível, é interessante referir o que Ronald Dworkin¹⁰⁶ diz:

O acusado em um caso criminal tem um direito de uma decisão em seu favor se ele é inocente, mas o estado não tem um direito paralelo a sua condenação se ele é culpado. A corte pode, assim, decidir em favor do acusado, em um caso difícil que esteja testando regras probatórias, por exemplo, com base em um argumento de *policy* que não supõe que o acusado tenha qualquer direito de ser absolvido. A Suprema Corte em *Linkletter v. Walker* disse que sua decisão anterior em *Mapp v. Ohio* era uma tal decisão. A Corte disse que tinha alterado as regras permitindo a introdução de provas obtidas ilegalmente, não porque a Sra. Mapp tivesse qualquer direito a que tais provas não fossem usadas se fossem admissíveis de outro modo, mas a fim de deter policiais de coletar tais provas no futuro. Eu não quero dizer que uma decisão constitucional com base nesses fundamentos é correta, ou

modificada (*modified prospectivity*) ou retroatividade limitada (*limited retroactivity*).

¹⁰⁴ CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. 22ª impressão. Clinton: Yale University Press, 1964. P.146-9.

¹⁰⁵ Cf. item 1.3 deste trabalho.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17ª impr. Cambridge: Harvard University Press, 1999. P. 100.

mesmo que a descrição posteriormente feita pela Corte de sua decisão anterior era precisa. Eu quero apenas sinalizar como a geometria de uma acusação criminal, que não coloca em um caso direitos opostos um contra o outro, difere do caso cível padrão no qual a tese dos direitos vale simetricamente.

Finalmente, em um terceiro momento, a jurisprudência constitucional estadunidense abandonou a prospectividade pura e a prospectividade seletiva (ou modificada) em favor da retroatividade plena a partir do caso *Griffith* (1987), no âmbito criminal, e dos casos *James Beam* (1991) e *Harper* (1993), no âmbito civil.

Constata-se que o assunto foi enquadrado no marco de discussões sobre a natureza da *judicial review* e sobre a violação do princípio da igualdade. Entendeu-se que a doutrina tradicional da retroatividade plena constitui uma das limitações constitucionais à atuação do Poder Judiciário, o qual, à diferença do Legislativo, não tem competência para “legislar” para o futuro, mas apenas para resolver os casos e controvérsias postos perante as cortes, nos termos do Art. III, Seção 2 da Constituição dos EUA. A esse respeito, é conveniente referir algumas palavras de Antonin Scalia¹⁰⁷ sobre a doutrina da separação dos poderes, uma vez que ele é um dos principais defensores da visão blackstoniana da retroatividade no interior da Suprema Corte:

Eu não sugiro que Madison estava dizendo que a produção de direito no *common law* violava a separação de poderes. Ele escreveu em uma época quando a imagem prevalecente do *common law* era de um corpo pré-existente de regras, uniformes ao longo da nação (e não diferentes de estado para estado), que os juízes simplesmente “descobriam”, mas não criavam. É apenas neste século, com a ascensão do realismo jurídico, que nós viemos a reconhecer que os juízes de fato “fazem” o *common law*, e que cada estado tem o seu.

Eu sugiro, no entanto, que, uma vez que nós tenhamos assumido essa visão realista acerca do que as cortes fazem, a desconfortável relação entre a produção do direito no *common law* e a democracia (ou até com respeito à doutrina técnica de separação dos poderes) se torna aparente.

Ademais, a Suprema Corte veio a entender que a prospectividade seletiva violava uma norma básica de jurisdição constitucional, qual seja: o princípio de que se devem tratar igualmente as partes que estão na mesma situação.

No Brasil, por outro lado, ainda não foi colocada claramente a questão sobre os limites da atuação do STF no contexto da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

¹⁰⁷ SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: federal courts and the law**, an essay. Princeton: Princeton University Press, 1997. P.10.

Porém, é certo que, mais cedo ou mais tarde, haverá de colocar-se a pergunta acerca das possibilidades de modulação dos efeitos em face dos princípios da divisão de poderes (art. 2º, CRFB) e da isonomia (art. 5º, CRFB). A resposta a essa pergunta, todavia, não poderá ser dada no caminho de uma ponderação, rigorosamente falando, pois, como se demonstra no item 3.3 deste trabalho, a nulidade de uma lei inconstitucional não obedece à estrutura lógica de um princípio no sentido de Alexy.

Por fim, parece possível sustentar que, no Brasil, uma decisão em recurso extraordinário que determinasse a produção de efeitos apenas prospectivos estaria vedada pelo art. 102, III da CRFB, na medida em que ali se diz que o STF é competente para *julgar as causas decididas* em única ou última instância.

3.3 O Assim Chamado “Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional”

Por diversas vezes, e em passagens muito importantes de sua argumentação, Gilmar Mendes refere-se a um assim chamado “princípio da nulidade da lei inconstitucional”. Sustenta, por vezes, que é uma “cláusula não-escrita” e, por outras vezes, que possui o caráter de princípio constitucional. Segundo Gilmar Mendes, o princípio da nulidade da lei inconstitucional andaria em sentido contrário ao princípio da segurança jurídica. A solução dessa colisão deveria ser encontrada com um processo de “complexa ponderação”. Mas em outro trecho de seu voto, diz que “razões de segurança jurídica podem revelar-se aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional” (p. 437).

Logo em seguida, afirma, porém, o seguinte (p. 437):

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, 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 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 (**negrito adicionado**).

Aqui, Gilmar Mendes refere-se à segurança jurídica e ao excepcional interesse social, inicialmente, como *conceitos jurídicos indeterminados*, mas, logo em seguida, como *valores constitucionais*. Assim, vê-se que a segurança jurídica é qualificada ora como princípio constitucional, ora como conceito jurídico indeterminado, ora como valor constitucional.

Gilmar Mendes diz ainda que o princípio do Estado de Direito tem como consequência o respeito à segurança jurídica. Diz ainda que o fundamento para o afastamento do “princípio” da nulidade da lei inconstitucional não deve ser a política judiciária, mas sim algum fundamento constitucional próprio (p. 438).

Ora, como é empregado com tanta importância o conceito de *princípio*, torna-se necessário fazer um breve excuro acerca do assunto. Está fora do escopo desta monografia traçar uma história do conceito de princípio; mas deve ser lembrado aqui o que diz Hans-Georg Gadamer ao fazer alusão ao conceito aristotélico de princípio, no contexto de uma discussão sobre o conceito de experiência e a essência da experiência hermenêutica. Gadamer¹⁰⁸ diz que Aristóteles emprega para a lógica do processo de experiência uma imagem muito bela: Aristóteles compara as muitas observações que alguém faz a um exército em fuga. Também as observações são fugidias, não permanecem. Mas, se nessa fuga geral, uma observação repetida confirma-se em experiência, então ela permanece. Com isso, coloca-se nesse ponto uma primeira parada na fuga geral. Se outras a isso se alinham, então no final todo o exército em fuga vem a parar e obedece novamente à unidade do comando. A dominação unitária do todo afigura aqui o que é a ciência. A imagem deve mostrar como se pode enfim chegar à ciência, isto é, à verdade geral, a qual não pode depender das particularidades das observações.

Segundo Gadamer¹⁰⁹, “a imagem ilustra também como a generalidade, desprovida de princípio, da experiência (o enfileiramento da mesma) conduz à unidade da *arché* (*arché* = “comando” e “princípio”)”.

Nesse contexto, é interessante confrontar um trecho da própria decisão do caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803):

Assim, a fraseologia específica da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei repugnante à Constituição é nula, e

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 6ª. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990. P. 357-358.

¹⁰⁹ *Ibidem*. P. 358.

que as cortes, bem como os outros ramos, estão vinculadas a este instrumento.

O linguajar do *Chief Justice* Marshall parece considerar efetivamente que a nulidade da lei inconstitucional tem uma natureza de princípio. Mas, com certeza, ele trabalhava em outro horizonte de compreensão, possivelmente ainda com a noção aristotélica de princípio, já que estava escrevendo no ano de 1803, isto é, trabalhava com uma noção *ôntica* de princípio.

Deixando de lado a noção aristotélica de princípio, cumpre falar agora da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, consoante o exposto em sua obra homônima¹¹⁰, já que também trabalha com o conceito de princípio, mas desde outra perspectiva: Alexy trabalha a noção de princípio desde uma perspectiva *deôntica*. O filósofo do direito alemão analisa no primeiro capítulo o objeto e a tarefa de uma teoria dos direitos fundamentais; no segundo capítulo, o conceito de norma e o conceito de norma de direito fundamental. No terceiro capítulo, examina a estrutura das normas de direitos fundamentais. Nesse capítulo, desenvolve sua célebre distinção entre *regras* e *princípios*.

Primeiramente, Alexy salienta a importância dessa distinção para uma teoria adequada das restrições, para uma doutrina satisfatória da colisão, e para uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Em seguida, considera os critérios usuais para a distinção entre regras e princípios, como a generalidade, a determinabilidade dos casos de aplicação, o modo de constituição e outros. Afirma que, com base nesses critérios, são possíveis três teses acerca da distinção entre regras e princípios: (1) qualquer tentativa de dividi-los em duas classes é errada; (2) as normas podem ser divididas em regras e princípios, segundo seu grau de *generalidade*; (3) as normas podem ser divididas em regras e princípios, havendo uma distinção *qualitativa* entre eles. Para Alexy, a terceira tese é a correta, pois existe um critério que permite fazer essa distinção.

E o critério é este: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível com relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Princípios são assim *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser realizados em graus diferentes e por que a medida ordenada de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras que vão em sentido contrário¹¹¹.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2a. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

¹¹¹ *Ibidem*. P.75-76.

Por outro lado, regras são normas que só podem ou ser realizadas ou não ser realizadas. Se uma regra vale, então está ordenado fazer precisamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. As regras contêm assim determinações no espaço das possibilidades fáticas e jurídicas¹¹².

Para Alexy, isso significa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não segundo o grau. Além disso, cada norma é ou uma regra ou um princípio¹¹³.

Prossegue dizendo que a distinção entre regras e princípios se mostra mais nitidamente na colisão de princípios e no conflito de regras, sobretudo no modo de resolução do conflito.

Um conflito entre regras só pode ser resolvido, ou se for introduzida uma cláusula de exceção que resolve o conflito em uma das regras, ou então se no mínimo uma das regras for declarada como inválida¹¹⁴ e retirada do ordenamento jurídico. O decisivo aqui é que a decisão é uma decisão sobre a validade¹¹⁵.

Completamente diferente devem ser resolvidas colisões de princípios. Se dois princípios colidem, o que é o caso se consoante um princípio algo é proibido e segundo o outro princípio o mesmo algo é permitido, então um dos dois princípios deverá retroceder. Mas isso não significa nem que o princípio retrocedente será declarado inválido, nem que será introduzida uma cláusula de exceção no princípio retrocedente. O que ocorre é que um princípio precede a outro em determinadas circunstâncias¹¹⁶.

Em seguida, Alexy fala sobre a lei de colisão: a resolução da colisão consiste da determinação de uma *relação de precedência condicionada*, tendo em vista as circunstâncias do caso. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, com relação ao caso, *condições* são dadas, sob as quais um princípio precede a outro. Sob outras condições, pode a pergunta pela precedência ser resolvida de modo contrário¹¹⁷. Formalizando isso, tem-se a seguinte lei de colisão¹¹⁸:

(K) Se o princípio P_1 precede ao princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , e se a consequência jurídica R se segue de P_1 sob as condições C , então vale uma regra, que contém C como “suporte fático” (*Tatbestand*) e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

¹¹² ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2a. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. P. 76.

¹¹³ *Ibidem*. P. 76-77.

¹¹⁴ *Ibidem*. P. 77.

¹¹⁵ *Ibidem*. P. 78.

¹¹⁶ *Ibidem*. P. 78-79.

¹¹⁷ *Ibidem*. P. 81.

¹¹⁸ *Ibidem*. P. 83.

Alexy oferece também uma formulação menos técnica da lei de colisão:

(K') As condições, sob as quais um princípio precede a outro, constroem o suporte fático de uma regra, que implica a consequência jurídica do princípio precedente.

Feita essa breve exposição, cumpre agora inquirir¹¹⁹ se o assim chamado “princípio da nulidade da lei inconstitucional” tem a estrutura lógica de um princípio no sentido de Alexy. Representa ele um direito fundamental ou um mandamento de otimização? É um princípio formal? Pode ser objeto de ponderação? É um princípio escrito na Constituição?

Ora, a nulidade de uma lei inconstitucional não constitui um direito fundamental, pois não é um direito subjetivo, que o indivíduo possa exigir em face do estado.

Tampouco é um mandamento de otimização, pois não pode ser cumprido em graus diversos. Não se pode dizer que uma lei é “menos” nula, enquanto outra lei é “mais” nula, e que, neste caso, o princípio estaria realizado em grau maior do que naquele. Ademais, a nulidade da lei inconstitucional, antes de ter seu grau de cumprimento dependendo das possibilidades jurídicas, modifica o próprio espaço de possibilidades jurídicas. Em outras palavras, decidir que uma lei é constitucional ou inconstitucional é um ato que modifica a própria conformação do ordenamento jurídico positivo, ampliando ou restringindo o âmbito daquilo que é possível juridicamente.

Quanto a ser ou não ser um princípio escrito na Constituição, já foi visto que o próprio Gilmar Mendes reconhece que o dito “princípio” não está expresso na Constituição.

Nesse contexto, parece claro que uma decisão sobre a constitucionalidade de uma lei é uma decisão sobre a *validade* de um ato normativo, e não sobre seu *peso*. Mas isso apresenta a estrutura lógica de um conflito de regras, e não de uma colisão de princípios. No caso, será um conflito entre regras de graus diversos de hierarquia, e que será resolvido mediante esse critério: a regra constitucional tem hierarquia superior à regra infraconstitucional (supremacia da constituição); portanto, ou será introduzida nesta uma cláusula de exceção, ou será expelida do ordenamento jurídico.

3.4 Efeito da Decisão no Plano Normativo e no Plano do Ato Singular

Gilmar Mendes vale-se da obra de Jörn Ipsen para argumentar no sentido da impossibilidade de anulação do ato singular com base na inconstitucionalidade do ato normativo que lhe servia de fundamento. Fala na distinção entre o plano normativo (*Normebene*) e o plano do ato singular (*Einzelaktebene*). Vale lembrar que, nessa conexão, “ato singular” aponta tanto para ato administrativo quanto para sentença.

Isso remete à tentativa de diferenciação jurídico-teórica entre norma e ato singular. Partindo do pressuposto de que o conteúdo de regulações jurídicas (*rechtlicher Regelungen*) é o comportamento humano, Ipsen¹²⁰ fala em quatro elementos estruturais das regulações jurídicas. O primeiro diz respeito a *quem* deve comportar-se; é o *destinatário* (*Adressat*) da regulação (*subject* no sentido de Von Wright e Ross). O segundo diz respeito a *como* o destinatário da regulação deve comportar-se; é o *objeto da regulação* (*Regelungsgegenstand – content* no sentido de Von Wright, *theme* no sentido de Ross). O terceiro diz respeito ao *quando* e ao *onde* o destinatário da regulação deve comportar-se de tal forma; é a *situação da regulação* (*Regelungssituation – occasion* no sentido de Von Wright, *situation* no sentido de Ross).

Com esses três elementos, a regulação está completa. De todo modo, a esses três elementos estruturais pode ser adicionada uma quarta categoria, a qual, segundo Ipsen¹²¹, corresponde às *condições da regulação* (*Regelungsbedingungen*). Na medida em que uma regulação compreenda uma condição desse tipo, o comportamento devido pelo destinatário não será exigido sob todas as circunstâncias – categoricamente -, mas apenas sob certas pressuposições – hipoteticamente. Assim, regulações que reúnam todos os quatro elementos podem ser denominadas de *hipotéticas*, enquanto que regulações que apresentem apenas os três primeiros elementos podem ser chamadas de *categóricas*.

Após, Ipsen discute os conceitos de regulações hipotéticas e categóricas em conexão com a distinção entre normas primárias e normas secundárias.

¹¹⁹ Cf. HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional**: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. P. 58, nota de rodapé 48, item 2(f).

¹²⁰ IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980. P. 178.

¹²¹ *Ibidem*. P. 178-9.

Depois, Ipsen¹²² examina as especificidades dos elementos estruturais. Uma regulação é *individual*, se o destinatário é indicado com seu nome ou de outra maneira que se permita distingui-lo da multiplicidade dos indivíduos. Contrariamente, uma regulação é *geral* se se aplica a qualquer pessoa (*universal* no sentido de Ross) ou a determinadas classes de pessoas, que podem ser indicadas de maneiras bastante diferentes. Tendo em vista a premissa de que regulações jurídicas buscam dirigir comportamentos humanos, regulações *gerais* apresentam-se como *carentes de individualização (individualisierungsbedürftig)*.

Com respeito ao objeto da regulação, parece corresponder o par conceitual *concreto/abstrato*. Mas deve ser observado que, entre um objeto de regulação abstrato e um concreto, pode-se pensar em uma multiplicidade de graus intermediários. Assim, a natureza dinâmica das regulações jurídicas torna-se mais nítida, se se denomina o objeto de regulação como *concreto* ou *carente de concretização (konkretisierungsbedürftig)*.

Semelhantemente ocorre com a situação da regulação. Ela pode ser temporal e espacialmente determinada (fixada) ou então carecer de uma determinação dessas. Segundo Ipsen¹²³, também aqui pode ser colocada a proposição de que todas as situações de regulação, que já não fixaram a regulação, são *carentes de fixação (fixierungsbedürftig)*.

De acordo com Ipsen, a análise da estrutura das regulações jurídicas feita por ele conduz ao seguinte esquema:

Regulações Jurídicas (dever)		
Destinatário da regulação (Quem?)	Individual	Carente de individualização (geral)
Objeto da regulação (Como? O quê?)	Concreto	Carente de concretização (abstrato)
Situação da regulação (Quando? Onde?)	Fixada	Carente de fixação
Condições da regulação (Sob quais pressupostos?)	Presentes	Ausentes

Somente agora é possível introduzir a distinção entre ato individual e norma no sentido técnico empregado pelo autor. Afirmar Ipsen¹²⁴ que uma regulação individual, concreta e fixada espaço-temporalmente é *necessariamente* um *ato individual*, enquanto que uma

¹²² IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980. P. 182-3.

¹²³ *Ibidem*. P. 183.

¹²⁴ *Ibidem*. P. 184.

regulação carente de individualização, de concretização e de fixação – não importando se é de natureza hipotética ou categórica – é *necessariamente* uma *norma*. Em seguida, Ipsen tece uma série de considerações sobre a distinção. Para os propósitos do presente trabalho, esta mostra-se importante: uma norma carece de intermediação para que determine o comportamento humano, enquanto que o ato individual é a determinação de um comportamento humano.

A importância é que essa consideração permite introduzir o conceito de validade. Segundo Ipsen¹²⁵, a carência de intermediação é, ao mesmo tempo, condição para que uma regulação jurídica tenha *validade* sobre o ato individual. Os atos individuais têm sua validade limitada a um destinatário e uma situação espaço-temporal particular e são orientados à resolução. A validade de uma norma é, pelo contrário, *comum* (*allgemein*), e isso não significa apenas “geral” (*generell*) na acepção tradicional (dirigida a uma classe de pessoas), mas também que elas não são determinadas espaço-temporalmente. A validade transindividual, transtemporal e transespacial – a *validade comum* – pode ser considerada como a característica essencial distintiva de uma norma.

Após, Ipsen discorre sobre várias consequências dessa distinção para a dogmática das consequências jurídicas. Para os propósitos do presente trabalho, têm relevo as seguintes observações de Ipsen¹²⁶: como núcleo do dogma da nulidade apresentou-se sempre de modo claro a ideia de unidade da ordem jurídica, a qual seria colocada em questão se um comportamento humano fosse ao mesmo tempo ordenado e proibido pelo direito. Os exemplos dados pelo autor demonstraram que uma constelação dessas só pode ser pensada no tocante a regulações jurídicas que estão no mesmo plano; e isso porque ato individual e norma nunca contêm o mesmo comando e nunca concernem ao mesmo comportamento humano. A proposição fundamental acima referida deve ser completada, no sentido de que somente regulações mutuamente contraditórias com a mesma *modalidade de validade* – já que essa era a diferença específica entre norma e ato individual – são adequadas a revogar a unidade do ordenamento jurídico. A *unidade do ordenamento jurídico* não é perturbada, se um ato individual está em contradição com a constituição; e isso porque o ato individual orientado à resolução – e, nessa medida, com validade apenas *particular* – não pode prejudicar a validade *comum* da constituição – diferentemente da *norma* contrária à constituição.

¹²⁵ IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980. P. 186-7.

¹²⁶ *Ibidem*. P. 192.

Veem-se assim, de modo muito resumido, algumas teses centrais do pensamento de Ipsen acerca das consequências jurídicas da contrariedade à constituição de normas e atos individuais. Contudo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917 pelo STF, cuidava-se do exame da constitucionalidade de uma norma (o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do município de Mira Estrela/SP), e não de um ato individual. Ademais, os atos típicos do poder legislativo municipal têm também a natureza de normas, e não de atos individuais; portanto, os problemas advindos de uma decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos (*ex tunc*) que viesse a desconstituir a legislatura, como a eventual necessidade de invalidar todas as leis municipais aprovadas até então, não seriam evitados por meio do recurso à distinção entre norma e ato individual no sentido de Ipsen. Em outras palavras: as leis municipais aprovadas por uma legislatura não estão no plano do ato individual, mas sim no plano da norma; assim, no sentido de Ipsen, continuaria havendo uma perturbação da unidade do ordenamento jurídico, pela existência de normas municipais contrárias à constituição.

Por fim, é ainda oportuno dizer que, mediante acesso ao sítio do STF, pode-se consultar o inteiro teor dos acórdãos proferidos no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 78.809 e 79.620. Contudo, o primeiro caso, relatado pelo Ministro Moreira Alves, versa sobre indenização de concubina por serviços prestados no lar e fora dele, bem como sobre a citação do espólio na pessoa do inventariante; diga-se ainda que o recurso não foi conhecido pelo STF. E o segundo caso, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, trata de atualização monetária da correção monetária do valor devido em procedimento de desapropriação; também nesse caso, o recurso não foi conhecido pelo tribunal.

Assim, não fica clara a razão pela qual esses julgados foram referidos por Gilmar Mendes na discussão sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no plano normativo e no plano do ato singular, pois, salvo melhor juízo, eles não dizem respeito a esse assunto.

3.5 Apelo ao Legislador e Decisão sobre os Distritos Eleitorais

Gilmar Mendes refere-se à decisão *Wahlkreiseinteilung* (BVerfGE 16, 130). Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal alemão empregou uma variante de decisão conhecida

como decisão de lei “ainda constitucional”, segundo Klaus Schlaich. Ademais, em certa passagem Gilmar Mendes afirmou literalmente que “o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão muito próximos do prisma conceitual ou ontológico” (p. 437).

Segundo Schlaich e Korioto, se o Tribunal Constitucional Federal chega à convicção, por meio de um procedimento previsto para isso (controle de constitucionalidade abstrato ou concreto, recurso constitucional imediatamente ou mediadamente contra uma lei), de que uma lei por ele examinada ofende a Constituição, então ele declara a lei como nula¹²⁷. A regra é, pois, a nulidade *ex tunc* e *ipso iure* da lei contrária à constituição.

Mas há três possibilidades de mitigação a essa regra, também chamadas de “variantes de decisão” (*Entscheidungsvariante*): (i) limitação à declaração de incompatibilidade de uma norma contrária à constituição¹²⁸; (ii) a lei “ainda conforme à constituição” (a assim chamada “decisão de apelo”)¹²⁹; e (iii) a interpretação conforme à constituição de leis.

Com relação à segunda variante, mais importante para os propósitos deste trabalho, dizem os autores acima referidos¹³⁰: o Tribunal Constitucional Federal determina que a lei é “ainda” conforme à constituição, mas apela ao legislador, para que ele se ocupe de criar uma situação completamente conforme à constituição, ou então para evitar uma contrariedade à constituição ameaçadora no futuro. Seguem dizendo que a diferença entre a primeira e a segunda variantes de decisão é grande: enquanto que a determinação da incompatibilidade compreende um juízo de desvalor acerca da norma, a determinação de “ainda conforme à

¹²⁷ SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. 5a. ed. retrabalhada. Munique: C. H. Beck, 2001. P. 261. Números de margem 366-7.

¹²⁸ Cf. MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 255, número de margem 92: “A terminologia ainda é variada, *Schlaich/Korioto* propõem, em seguimento ao tribunal constitucional federal, o termo ‘declaração de incompatibilidade’ (aaO Rn. 398ff.). Nisso, eles ignoram que o tribunal constitucional federal direciona para isto, que no caso concreto uma prescrição legal é ‘incompatível’ com esta ou aquela regulação da lei fundamental (‘anticonstitucional’ deixa, nessa conexão, naturalmente, também malmente se dizer). Como conceito coletivo mostra-se, contudo, a designação ‘declaração de anticonstitucionalidade’ mais apropriada: ela corresponde à graduação de anticonstitucionalidade e nulidade (a consequência jurídica da anticonstitucionalidade, ou seja, a nulidade não é tirada) e expressa também a própria matéria melhor (incompatível com a constituição = anticonstitucional). Em todo o caso, o conceito, aqui sustentado, ‘declaração de anticonstitucionalidade’ cobre-se com o conceito ‘declaração de incompatibilidade’.”

¹²⁹ *Ibidem*. P. 255-6, número de margem 93: “Deve ser observado, contudo, que o tribunal constitucional federal não só apela ao dador de leis, mas expressa uma obrigação constitucional vinculativa do dador de leis. Por isso é, talvez, a designação ‘declaração de obrigação’ ou ‘comprovação de obrigação’, conforme, se ela aparece ou não, melhor”.

¹³⁰ SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. 5a. ed. retrabalhada. Munique: C. H. Beck, 2001. P. 290. Número de margem 419.

constituição” não. Desse modo, a variante de decisão de “ainda conforme à constituição” com apelo é um caso especial de declaração de compatibilidade.

Abordando especificamente a decisão sobre os distritos eleitorais, dizem Schlaich e Koriath¹³¹ o seguinte: a divisão dos distritos eleitorais prescrita pelo legislador havia se tornado há bastante tempo contrária à constituição por causa da alteração dos números da população. O tamanho distinto dos distritos eleitorais conduzia a um resultado distinto dos votos dos eleitores. O Tribunal Constitucional Federal negou uma ofensa à constituição para o período das eleições anteriores, mas apelou ao legislador para que, durante o período da legislatura corrente, adequasse a divisão dos distritos eleitorais. O sentido de evitar a declaração de nulidade da lei eleitoral de uma eleição, que recém aconteceu, é evidente: dever-se-ia eleger novamente? Quem deveria elaborar a nova lei eleitoral, se o parlamento atual não foi eleito de maneira válida?

No tocante às consequências jurídicas da decisão de que uma lei é “ainda conforme à constituição”, afirmam Schlaich e Koriath¹³² que elas resultam apenas das manifestações ou ordens do Tribunal: “continuar observando e, se necessário, melhorar”. O Tribunal Constitucional Federal vincula sua determinação com o apelo ao legislador para que aja. O apelo pode – assim como na determinação da incompatibilidade de uma lei – aprofundar-se para a formulação de uma tarefa constitucional, ou até mesmo à fixação de um prazo.

Nessa conexão, mostram-se oportunas as palavras de Jörn Ipsen¹³³ acerca da “decisão-apelo”:

Para esse tipo de decisão é distintivo que uma situação jurídica atual ainda conforme à constituição, em função de circunstâncias fáticas ou jurídicas alteradas, ameaça tornar-se contrária à constituição, e que o Tribunal Constitucional Federal, com base nessa situação, aconselhe ao legislador ocupar-se com as consequências adequadas. Se a lei examinada já tivesse passado à contrariedade à constituição, então não haveria razão para obrigar o legislador a uma nova regulação da matéria, pois o Tribunal Constitucional Federal poderia por si só eliminar a situação jurídica contrária à constituição. A decisão-apelo atua – contrariamente à declaração de nulidade *repressiva – de modo preventivo* e jaz dessa maneira na linha de frente das patologias jurídico-constitucionais.

¹³¹ SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**. 5a. ed. retrabalhada. Munique: C. H. Beck, 2001. P. 290-1. Número de margem 421.

¹³² *Ibidem*. P. 293. Número de margem 426.

¹³³ IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980. P. 268.

Nesse panorama, torna-se possível perceber que a decisão de lei “ainda constitucional” é distinta de uma decisão de contrariedade à constituição, pois a lei “ainda” constitucional é *conforme* à constituição. Assim, a decisão tomada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917 seria incorreta desde a perspectiva do direito constitucional alemão, já que o apelo feito pelo STF ao legislador municipal só seria possível em uma declaração de conformidade à constituição. No entanto, declarou-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do município de Mira Estrela/SP, e determinou-se que a Câmara Municipal adequasse sua composição aos parâmetros fixados na decisão. Isso aproxima-se perigosamente de uma intromissão do poder judiciário no âmbito de competências do poder legislativo municipal, em atrito com o princípio da divisão de poderes.

Ademais, cumpre registrar que toda a discussão sobre o “apelo ao legislador” se mostra tematicamente impertinente nos julgamentos da Segunda Medida Cautelar em Petição nº 2.859 e do *Habeas Corpus* nº 82.959: naquele caso, sequer houve declaração de conformidade ou contrariedade à constituição, mas apenas a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário; e, neste caso, houve declaração incidental de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, mas sem qualquer apelo ao legislador.

Por fim, impõe-se dizer que a afirmação de Gilmar Mendes acerca da proximidade “ontológica” entre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a decisão de apelo está errada de duas maneiras: (i) um juízo de inconstitucionalidade, evidentemente, não é um juízo ôntico, ligado ao mundo do ser (*Sein*), mas sim um juízo deôntico, ligado ao mundo do dever-ser (*Sollen*)¹³⁴. Portanto, é desprovida de sentido a comparação por ele realizada no plano ôntico. (ii) Como acima demonstrado, a questão sobre a modulação dos efeitos coloca-se no âmbito de uma decisão de inconstitucionalidade, isto é, de um juízo *negativo* de constitucionalidade; já a decisão de apelo é uma variante de decisão que representa um juízo *positivo* de constitucionalidade, embora imponha ao legislador a obrigação de solucionar ou evitar a situação jurídica que ameaça a constituição.

¹³⁴ Cf. KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911. P.8: “A independência recíproca do dever-ser em relação ao ser não pode ser rompida com isso, que resultem, desde um ponto de vista especial, no que se segue a ser mais precisamente caracterizado, certas relações recíprocas entre o ser e o dever-ser. O contraste entre ser e dever-ser é lógico-formal e, enquanto se esteja no campo da consideração lógico-formal, não há caminho a partir de um para o outro; permanecem os dois mundos separados, um em face do outro, por um abismo intransponível.”

3.6 Rejeição de Jurisprudência e Mutação Constitucional

Gilmar Mendes defende em várias passagens a ideia de que uma revisão¹³⁵ de jurisprudência constitucional consistiria em uma genuína mutação constitucional.

Ao empregar-se o conceito de *mutação constitucional*, cumpre referir Konrad Hesse. Hesse distingue três conceitos importantes: modificação constitucional, rompimento constitucional e mutação constitucional. *Modificação constitucional* é entendida exclusivamente como a modificação do texto da Constituição. *Rompimento constitucional* é o desvio do texto da Constituição em cada caso particular, sem modificação do texto (como ocorreu na República de Weimar). A *mutação constitucional* não afeta o texto da Constituição, mas afeta a concretização do conteúdo das normas constitucionais. Ainda segundo Hesse, “a problemática da modificação constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam”¹³⁶.

Prosseguindo, Hesse diz que as possibilidades de uma mutação constitucional são limitadas. Mais especificamente, são limitadas a algo estabelecido; segundo Hesse¹³⁷:

[...] os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma.

Em outras palavras, a constituição escrita é um limite insuperável da interpretação constitucional e, por conseguinte, da mutação constitucional. Nesse sentido, Hesse¹³⁸ afirma que “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”.

Nesse sentido, fica evidente que uma mudança de jurisprudência, mesmo que se trate da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, nunca poderá passar por cima do *texto* da Constituição a título de “mutação constitucional”.

¹³⁵ Lembre-se que foi adotada neste trabalho a terminologia *rejeição de jurisprudência*. Cf. nota 22.

¹³⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª ed. alemã por Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. P.46, número de margem 39.

¹³⁷ *Ibidem*. P.69, número de margem 77.

¹³⁸ *Ibidem*. P.69-70, número de margem 77.

CONCLUSÕES

Neste momento, busca-se dar respostas às questões que foram colocadas na introdução do presente trabalho.

Portanto, diante de tudo que foi exposto nos Capítulos precedentes, conclui-se que, nos Estados Unidos da América, os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade não foram sempre considerados como sendo necessariamente retroativos, isto é, com eficácia *ex tunc*. O primeiro caso em que a Suprema Corte expressamente negou a retroatividade dos efeitos da decisão foi o caso *Linkletter*, examinado no item 1.2 deste trabalho.

A Corte, porém, adotou critérios normativos distintos para ramos diferentes do direito. Para os casos criminais, conforme o caso *Stovall* (item 1.3 deste trabalho), os critérios normativos eram estes: (a) o propósito a ser servido pelos novos padrões; (b) a extensão da confiança depositada nos padrões antigos por parte das autoridades policiais; e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos padrões novos. Para os casos cíveis, consoante o caso *Chevron Oil Co.*, os critérios normativos eram estes: (a) a decisão a ser aplicada não-retroativamente deveria estabelecer um novo princípio de direito, ou por rejeitar um precedente claro no qual os litigantes poderiam ter se embasado, ou por decidir uma questão pela primeira vez cuja resolução não fosse claramente entrevista; (b) deveriam ser pesados os méritos e deméritos em cada caso por meio de um exame da história prévia da regra em questão, seu propósito e efeito, e se a aplicação retroativa promoveria a sua operação; (c) deveria ser pesada a iniquidade imposta pela aplicação retroativa.

Hoje em dia, no entanto, a orientação dominante da Suprema Corte é no sentido de negar a possibilidade de modulação. Vê-se que a orientação da Corte mudou no final dos anos 1980 e começo dos anos 1990: com o caso *Griffith*, foi abandonada a possibilidade de modulação no âmbito criminal; e, com o caso *Harper*, foi abandonada a possibilidade de modulação no âmbito cível. Com isso, a Corte retomou sua jurisprudência mais antiga, segundo a qual suas decisões têm sempre aplicação retroativa.

Conclui-se também que, no Brasil, os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade não foram sempre considerados como sendo necessariamente retroativos, isto é, com eficácia *ex tunc*. Um dos principais casos em que o STF negou expressamente a retroatividade dos

efeitos da decisão foi o Recurso Extraordinário nº 197.917, examinado no item 2.1 deste trabalho.

O STF, porém, não adotou critérios normativos distintos para ramos diferentes do direito. Na verdade, constata-se que o STF não adotou critérios normativos uniformes para a modulação em qualquer ramo do direito.

Pode-se dizer que a modulação dos efeitos em controle difuso passou a ser admitida com base, sobretudo, em dois *fundamentos*: (a) uma aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, analogia sobre a qual não existe clareza conceitual; (b) a não aplicação do suposto “princípio da nulidade da lei inconstitucional”, como resultado de uma “ponderação” face ao princípio da segurança jurídica (como visto no Capítulo anterior, não é correto falar na nulidade da lei inconstitucional como *princípio*, também não sendo correto falar em *ponderação* nessa conexão). Contudo, o acima exposto oferece na melhor das hipóteses os *fundamentos*, e não os *critérios normativos* para a modulação, os quais permanecem assim obscuros.

Hoje em dia, portanto, não parece haver uma orientação dominante do STF no sentido de aceitar ou negar a possibilidade de modulação. Até onde se conseguiu perceber, a modulação dos efeitos dá-se numa perspectiva casuística, isto é, em cada caso em que é colocada a questão da modulação, o STF debate novamente acerca de sua conveniência e decide se modula ou não os efeitos. E não havendo critérios normativos gerais, uniformes, não há também *segurança jurídica* quanto ao resultado de decisões futuras: elas terão os efeitos modulados pelo STF ou não terão os efeitos modulados pelo STF? É impossível dizer ao certo. Em outro trabalho, seria interessante investigar se existem tendências estatísticas para algum sentido determinado (como, por exemplo, em favor da modulação contra o contribuinte em decisões de inconstitucionalidade de leis tributárias).

Uma conclusão adicional deixa-se tirar a partir da tomada de posição efetuada no Capítulo 4: a argumentação usada pelo STF para fundamentar a modulação dos efeitos apresenta problemas significativos no tocante a sua pretensão de correção, seja quando se refere ao direito constitucional estadunidense, seja quando se reporta ao direito constitucional alemão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. **Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 7ª ed. Editado por Bryan A. Garner. St. Paul: West Group, 1999.

BLACK, Hugo LaFayette. **A Constitutional Faith**. 3ª. impr. Nova Iorque: Alfred A. Knopf Inc., 1969.

BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England: in four books**. Com notas seleccionadas das edições de Archbold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr e outros. Com análise de Barron Fields e notas adicionais de George Sharswood. Vol. I. Livros I e II. Filadélfia: J.B. Lippincott Company, 1893. Edição fac-símile.

BÜHLER, Ottmar. **La Constitución Alemana de 11 Agosto 1919**. Tradução da 3ª edição alemã por José Rovira Armengol. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1931.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. 22ª impressão. Clinton: Yale University Press, 1964.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 17ª impr. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 6. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990.

HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª ed. alemã por Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLLERBACH, Alexander. *Ciência do Direito*. Tradução de Eduardo Piñero. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. 2ª. Impr. Cambridge: Harvard University Press, 1967.

IPSEN, Jörn. **Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980.

JELLINEK, Walter. In: **Teubners Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde**. Abt. 1. Staatskunde. Bd. 2, H. 2: Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder. 3. Abdruck. Leipzig e Berlim: B. G. Teubner, 1927.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911.

_____. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 5. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1929.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**: federal courts and the law, an essay. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht**: Stellung, Verfahren, Entscheidungen. 5a. ed. retribalhada. Munique: C. H. Beck, 2001.

STEPHENS, Pamela J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. **Syracuse Law Review**. Nova Iorque, v. 48, p. 1515-1575, 1998.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I. 3^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.