

QUALIDADE INSTITUCIONAL, INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL

Rodrigo Diniz Cury¹

Resumo

O trabalho aborda a pesquisa realizada sobre o conceito de segurança jurídica, para associar esse princípio aos índices de declaração de inconstitucionalidade de leis verificados no Brasil nos últimos anos. Baseado especialmente em dados recolhidos em 2007, por meio da análise de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, o estudo relaciona também a expressividade desses índices a uma baixa qualidade dos processos de elaboração de normas legais no país, o que denota uma dimensão de baixa qualidade institucional no Brasil. Assim, uma terceira relação se estabelece, qual seja, deficiência na qualidade institucional pode proporcionar insegurança jurídica. O trabalho também aborda instrumentos jurídicos adotados para, em nome do princípio da segurança jurídica, especialmente em sua dimensão voltada à proteção à confiança, mitigar os efeitos retroativos que, via de regra, emanam das decisões que declaram a inconstitucionalidade de um diploma legal. Como conclusão, o estudo afirma que a melhora na qualidade institucional, que pode ser alcançada por meio de adoção de processos mais aprimorados de produção legislativa, apresenta-se como medida eficaz para estabelecer níveis satisfatórios de segurança jurídica no Brasil.

1 Introdução

Nas palavras de Martín Krause (2008), as instituições públicas responsáveis pelo governo do Estado têm como função manter um marco de normas que possibilitem a existência de igualdade de oportunidades, especialmente por meio de proteção de direitos individuais básicos, especialmente os direitos à vida, à propriedade, à liberdade contratual, à liberdade de opinião, à liberdade de ir e vir, dentre outros. Esses marcos normativos seriam assim classificados como marcos institucionais.

¹ Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), mestre em Filosofia (Ética) pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA), professor do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Catalão (CESUC).

Nesse sentido, Krause afirma que, quanto melhores e mais sólidas são as instituições do Estado, melhores serão seus marcos institucionais. A qualidade institucional, então, serve de indicador para explicar o acesso dos indivíduos às oportunidades que lhes garantam o melhor desenvolvimento humano, de forma que quanto maior for a qualidade institucional maior será o número de pessoas que efetivamente dispõe de oportunidades para buscar seu melhor desenvolvimento. Nas palavras de Krause (2008, p. 15):

Aquellos países que han logrado desarrollar un conjunto de instituciones sólidas brindan a sus habitantes más y mejores oportunidades para buscar y alcanzar los fines y objetivos que quieran perseguir. Esto es lo que significa contar con un mayor “desarrollo humano”. No es solamente una vida más larga y saludable, adquirir conocimientos y contar con los recursos necesarios. Algunos países pueden haber alcanzado una buena esperanza de vida al nacer o un determinado acceso a conocimientos, pero una vida dirigida por otros, restringida por controles y mandatos y una educación sesgada son más bien “restricciones” que ingredientes de una vida completa. El individuo tiene que tener más opciones para vivir su vida como crea que merece ser vivida, para obtener el conocimiento que estime importante y, seguramente, esta capacidad de decidir le permitirá finalmente contar con los recursos necesarios.

A elaboração e o cumprimento de regras legais por parte das instituições responsáveis pelo governo são apontados como importantes elementos de aferição da qualidade institucional existente em um determinado Estado. Esses critérios formariam a idéia de segurança jurídica. Assim, baixos níveis de segurança jurídica estariam relacionados a baixos níveis de qualidade institucional.

O “World Justice Project”, um projeto que avalia a segurança jurídica em diversos países do mundo, enumera como pressupostos necessários para o estabelecimento de segurança jurídica em um determinado Estado:

(...) 1) que o governo e seus agentes estejam sujeitos às leis; 2) que as leis sejam claras, justas, conhecidas e que protejam os direitos fundamentais, entre os quais o direito à segurança pessoal e o direito à propriedade; 3) que o processo pelo qual as leis são editadas, administradas e aplicadas seja acessível, justo e eficiente; 4) que os agentes encarregados da aplicação da lei — policiais, promotores e juízes — sejam competentes, independentes, éticos, contêm com os recursos adequados e reflitam o perfil da comunidade que representam (CARDOSO, 2008).

Nos últimos anos, tem ganhado destaque no Brasil o expressivo número de leis que, após terem sido submetidas ao processo legislativo e já se encontrarem em vigor, acabam declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Esse fenômeno

prejudica a segurança jurídica no país, pois abala a confiança das pessoas e das instituições, uma vez que a lei deixa de representar um parâmetro objetivo para traçar e prever condutas.

Na medida em que se alcança um alto índice de procedência nas alegações de inconstitucionalidade de leis julgadas pelo STF, verifica-se, a princípio, um grave problema de qualidade institucional, visto que os órgãos governamentais responsáveis pela produção legislativa no Estado executam com falhas essa tarefa. A questão se mostra tão preocupante que o próprio STF vem desenvolvendo mecanismos para minimizar os efeitos advindos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, visto que entre sua entrada em vigor e a declaração de sua inconstitucionalidade, a lei produziu efeitos e influenciou na vida de pessoas e instituições.

Esse trabalho busca destacar as mais recentes pesquisas realizadas sobre o fenômeno da edição de leis julgadas inconstitucionais no Brasil, analisando-se os dados à luz das idéias de segurança jurídica e qualidade institucional. Em complemento, serão apontadas e explicadas algumas medidas adotadas para minimizar os efeitos advindos dessas declarações de inconstitucionalidade, medidas essas que objetivam mitigar os abalos no princípio da segurança jurídica.

2 O Princípio da Segurança Jurídica

Norberto Bobbio (1995, p. 96-98), ao analisar as idéias de Jeremy Bentham, afirma que o filósofo inglês relaciona a idéia de segurança jurídica à possibilidade das pessoas e instituições disporem de normas capazes de permitir que todos prevejam as conseqüências de suas próprias ações. De acordo com Bobbio, Bentham considera o estabelecimento da segurança jurídica uma “exigência fundamental de toda sociedade” (1995, p. 97).

Na linha de pensamento de Bentham, Mauro Nicolau Júnior (2005) assim explica a idéia de segurança jurídica:

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

Nas palavras de Almiro do Couto e Silva (2005, p. 03), a idéia de segurança jurídica envolve tanto as relações entre Estado e indivíduos quanto também entre os próprios indivíduos, na medida em que representa a confiança das pessoas e instituições nos atos, procedimentos e condutas do Estado, incluindo aí sua produção legislativa.

(...) dá conteúdo ao princípio da segurança jurídica, pelo qual, nos vínculos entre Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado (COUTO E SILVA, 2005, p. 03).

Ao tratar do tema, Judith Martins-Costa (2004, p. 112-113) atribui à idéia de segurança jurídica, em sua dimensão clássica, o valor da permanência ou imutabilidade, pois, segundo ela, esse princípio está relacionado à confiança das pessoas na ordem jurídica posta pelo Estado, tida como conjunto de regras que possibilitam traçar condutas no presente e no futuro, sem que sejam permitidas alterações imprevisíveis nos dispositivos dessas regras. De acordo com a autora, “A permanência constitui, nesse sentido, uma das projeções da confiança legítima, garantindo o cidadão contra os efeitos danosos, ou ilegítimos, das modificações adotadas pelo Poder Público” (2004, p. 113). Nesse ponto ela complementa (2004, p. 113):

Não que as situações de vida sejam, em si mesmas, imóveis, previsíveis, estáveis e permanentes: Heráclito já clamara o constante dinamismo e mutação das coisas: ‘pânta rei’, tudo flui. Mas Parmênides, quando só reconhecia validade ao eterno, não estava destituído de razão, e a história do Direito o comprova: o ordenamento jurídico é perpassado por uma secular relação de tensão entre permanência e ruptura, estabilidade e mudança, entre o que tende a ser eterno e o que tende à perpétua mudança. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os pólos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao ‘pânta rei’). Assim, na relação (que é fundamental) entre tempo e direito, a expressão “princípio da segurança jurídica” marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência – valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas.

Em épocas mais atuais, essa autora (2004, p. 114-115) destaca que a crescente associação entre as idéias de segurança jurídica e confiança tem promovido uma nova

percepção para a primeira idéia. Enquanto o entendimento clássico baseava-se na “equação segundo a qual segurança era certeza da previsibilidade e essa certeza se traduzia em confiança”, as ações do Estado para promover a segurança jurídica restringiam-se a deveres de abstenção, isto é, não-ações no sentido de se respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Porém, o desenvolvimento da idéia de confiança tem transformado o princípio da segurança jurídica, passando a exigir do Estado não só o citado dever de abstenção em situações específicas, mas também o dever de agir quando o que estiver em causa for o desenvolvimento humano de pessoas e instituições. Para ela (2004, p. 114-115):

A essa lógica da confiança corresponde uma diferenciação no status normativo do “princípio da segurança jurídica”, ao qual fica reservado, antes de mais, o status de um fundamento, no sentido dicionarizado de “aquilo sobre que se apóia quer um dado domínio do ser, quer uma teoria ou um conjunto de conhecimentos (e então o fundamento é o conjunto de proposições das quais esses conhecimentos se deduzem)”. O princípio da segurança jurídica possui tal caráter de fundamento ou “razão de ser” na medida em que caracteriza um “elemento nomocrático do Estado de Direito”.

Já a confiança, adjetivada como “legítima”, é um verdadeiro princípio, isto é, uma norma imediatamente finalística, que estabelece o dever de atingir um “estado de coisas” (o estado de confiança) a partir da adoção de determinados comportamentos. Como princípio que é, a confiança articula-se, no jogo de ponderações a ser necessariamente procedido pelo intérprete, com outros princípios e submete-se a postulados normativos, tais quais o da proibição do excesso e o da proporcionalidade.

A respeito da relação entre as idéias de segurança jurídica e confiança, Almiro do Couto e Silva (2005, p. 03-05) destaca que o conceito de segurança jurídica se ramifica em duas dimensões, uma de ordem objetiva e outra de ordem subjetiva. Nesse sentido, a natureza objetiva do conceito de segurança jurídica diz respeito às questões relacionadas aos limites à retroatividade dos atos do Estado, visando a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Já o conceito subjetivo de segurança jurídica está relacionado à confiança das pessoas e instituições nos atos, procedimentos e condutas do Estado, incluindo aí sua produção legislativa. Na fundamentação dessa ramificação do conceito de segurança jurídica, Couto e Silva cita J. J. Gomes Canotilho (2005, p. 04):

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

Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos do acto.

Couto e Silva (1995, p. 04-06) avança na discussão ao informar que já existe doutrina, especialmente de origem alemã, que atribui ao princípio da segurança jurídica a expressão dos aspectos objetivos do tema, isto é, aqueles que dizem respeito aos limites à retroatividade dos atos do Estado, enquanto que as questões relacionadas aos aspectos subjetivos das relações jurídicas passam a compor o conceito de outro princípio, o da proteção à confiança ou princípio da proteção à confiança legítima. Desta forma, de acordo com o autor (1995, p. 04-05),

Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administradores ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram ilegítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

Considerados como diferentes dimensões de um mesmo conceito ou considerados como princípios distintos, Almiro do Couto e Silva (2005, p. 06) ressalta que as idéias de segurança jurídica e proteção à confiança convergem no sentido de estabelecer como princípio uma proteção para que as pessoas não venham a ser surpreendidas por alterações normativas ou por condutas do Estado, “mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes expectativas”.

3 Segurança Jurídica e Inconstitucionalidade de Leis

Pelo sistema de constitucionalidade de normas vigente no Brasil, uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que, no mérito, declara a inconstitucionalidade de

uma norma, tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e alcança sempre efeitos retroativos (*ex tunc*). Nos termos do parágrafo segundo, do artigo 102, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004:

Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O efeito *ex tunc* que, via de regra, emana das declarações de inconstitucionalidade de normas decididas pelo STF, “fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento” (SILVA, 1995, p. 57), tal como essa relação jamais houvesse existido. Segundo o professor Almiro do Couto e Silva (2005, p. 11-12):

O Direito Constitucional brasileiro sempre reconheceu à sentença declaratória de inconstitucionalidade eficácia ‘*ex tunc*’. Como é sabido, a razão desse antigo entendimento, estabelecido na esteira de clássicos pronunciamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, reside no princípio da supremacia da Constituição. A lei, quando é editada, já nasce em conformidade ou em desconformidade com a Constituição. Quando se verifica a segunda hipótese, a lei é, desde sua origem, “nula” e “irrita”, - que é como por vezes se traduz ‘*null and void*’ - não podendo, por isso mesmo, produzir qualquer efeito jurídico, pois, se assim não ocorresse, haveria uma inversão na hierarquia das normas, passando a Constituição a ocupar posição inferior à da lei ordinária, uma vez que esta seria aplicada em detrimento daquela.

Dadas as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma legal, na medida em que se “fulminam” as relações jurídicas estabelecidas em conformidade com uma lei até então válida, atinge-se o princípio da segurança jurídica, seja em suas dimensões objetivas ou subjetivas. A lei que entra em vigor após ser submetida ao devido processo legislativo goza de presunção de legitimidade, servindo assim de marco orientador para o estabelecimento de relações jurídicas. Desconsiderar os efeitos produzidos pela norma dada sua declaração de inconstitucionalidade representa, então, promover a retroatividade de um ato estatal, abalando a confiança das pessoas e instituições nos atos, procedimentos e condutas do Estado.

Na prática, a desconsideração das relações jurídicas estabelecidas em conformidade com leis declaradas inconstitucionais pode representar sérios prejuízos para aqueles que confiaram na legitimidade da norma legal editada pelo Estado, danos estes muitas vezes irreparáveis, surgidos da confiança depositada por pessoas e instituições em um ato cujas aparências faziam crer ser legítimo, dada sua forma e origem.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei indica um problema de qualidade no processo de sua elaboração, uma vez que toda legislação infraconstitucional deve estar em consonância com os dispositivos normativos contidos na Constituição Federal. Para a professora Fabiana de Menezes Soares (2008), a baixa qualidade na produção legislativa compromete a idéia de segurança jurídica porque abala a confiança das pessoas e instituições nas leis, prejudicando assim a função que estas desempenham como fonte de padrões de comportamento e avaliação. Nas palavras dessa professora (2008):

(...) A baixa qualidade da legislação é causa de insegurança jurídica, falta de confiança nas instituições e assim, como uma enorme bola de neve, internaliza um descomprometimento com o direito, fazendo-o distante do nosso cotidiano, provocando o descrédito diante das reiteradas perversões entre o que é público e o que é privado, no mundo político aonde a máxima de 'orwelliana' "todos os animais são iguais, mas uns são mais iguais que os outros" é freqüentemente internalizada .

Atualmente, no Brasil, o alto número de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal tem desafiado juristas a encontrarem soluções que mitiguem os abalos ao princípio da segurança jurídica, oferecendo assim alguma proteção àqueles que confiaram nos atos proclamados pelo Estado.

4 A Inconstitucionalidade de Leis no Brasil

Em artigo intitulado "Leis fora de esquadro", a publicação "Anuário da Justiça 2008" (2008, p. 72-76) estabeleceu um índice que mede o grau de inconstitucionalidade de leis submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal. De acordo com a metodologia utilizada (2008, p. 08), esse índice

(...) mostra a relação percentual entre o número de leis declaradas inconstitucionais e o número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Foram considerados tanto julgamentos de mérito como de liminares. As ações questionam atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas federal e estadual. Ações julgadas prejudicadas por motivo formal ou que tiveram seguimento negado sem julgamento de mérito não foram consideradas.

Pela metodologia acima explicada, o “Anuário da Justiça” identificou que, em 2007, o STF declarou a inconstitucionalidade de 80,4% das leis ali submetidas ao controle de constitucionalidade. Em 2006, esse índice foi de 75,5% (2008, p. 72).

Do total de 128 ADIs (ações diretas de inconstitucionalidade) julgadas pelo STF em 2007, 103 foram consideradas procedentes, o que significa dizer que quatro de cada cinco leis analisadas pelo Supremo têm algum vício de inconstitucionalidade (2008, p. 73).

Pelos dados levantados, das 128 ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo STF em 2007, 27 ações disseram respeito a questionamento de normas emanadas da União, enquanto 101 ações questionaram leis editadas pelos estados (2008, p. 73).

Em relação às leis federais, 55,5% das leis originadas de atos do Poder Executivo e submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em 2007, foram declaradas inconstitucionais. Quanto às leis originadas do Congresso Nacional que foram questionadas por ações diretas de inconstitucionalidade, e cujos julgamentos ocorreram em 2007 no STF, o índice de inconstitucionalidade foi de 50% (2008, p. 72).

No julgamento de ações envolvendo questionamentos de constitucionalidade de leis editadas pelos estados, em 2007 o índice de inconstitucionalidade alcançou 87,1% dos casos, visto que das 101 ações diretas de inconstitucionalidade envolvendo leis estaduais julgadas em 2007, em 88 normas legais foram apontados algum vício de inconstitucionalidade (2008, p. 73).

O índice de inconstitucionalidade de leis estaduais analisadas pelo STF, em 2007, chegou a 100% nos julgamentos de leis editadas por 15 estados (Alagoas, Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Sergipe e Tocantins) (2008, p. 73).

Outro dado levantado pelo “Anuário da Justiça” (2008, p. 74) aponta que o Legislativo, tanto o federal quanto os estaduais, foi o poder que produziu a maior parte das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em 2007. Nesse ano, das 128 ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo STF, 22 ações questionaram a constitucionalidade de leis originadas no Congresso Nacional, enquanto que 91 ações foram propostas contra normas legais elaboradas pelos legislativos estaduais. Ainda em 2007, enquanto o índice de inconstitucionalidade das leis produzidas pelo Congresso Nacional foi de 50%, esse índice alcançou a marca de 86,8% em relação às normas advindas dos legislativos estaduais.

Em 2007, o Judiciário também teve normas legais de sua autoria declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse ano, o “Anuário da Justiça” (2008, p. 74) informa que 100% das leis produzidas pelos órgãos do Judiciário da União questionadas junto ao STF foram declaradas inconstitucionais, índice que foi de 66,6% em relação à inconstitucionalidade de normas legais elaboradas pelos judiciários estaduais.

Além dos dados destacados pelo “Anuário da Justiça”, outras fontes de informação fornecem elementos capazes de demonstrar que os altos índices de inconstitucionalidade também alcançam as leis editadas em municípios brasileiros. Entre 2002 e 2003, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declarou a inconstitucionalidade de 82% das leis que foram objeto de análise naquela instância judiciária (D’URSO; HENRIQUE, 2008).

Os dados levantados pelo “Anuário da Justiça” não abrangem toda a legislação produzida no Brasil, mas, por certo, indicam claramente comprometimento na qualidade institucional, uma vez que as declarações de inconstitucionalidade de leis acabam por abalar o princípio da segurança jurídica.

A esse respeito, o professor Antônio Delfim Netto (2008, p. A2) relaciona o alto índice de inconstitucionalidade de leis no Brasil e o fato de um estudo sobre o princípio da segurança jurídica, realizado pelo Fórum Econômico Mundial (2007/2008), ter classificado o país em 105º lugar em uma lista com 131 países ordenada de forma decrescente, variando de países com maior segurança jurídica para países em que prepondera a insegurança jurídica. Para o professor (2008, p. A2):

Um dos impedimentos mais graves à aceleração do nosso desenvolvimento econômico e social é a incerteza produzida pela insegurança jurídica. Não se trata apenas da qualidade e da demora na prestação de justiça. O sistema é tão complexo e malicioso que mesmo uma questão decidida pode, com imaginosa manobra jurídica, ressurgir das cinzas e voltar a assombrar o cidadão. O problema não é a dúvida sobre o futuro incerto, mas a certeza de que o passado também pode sê-lo!

Impressão semelhante tem os advogados Walter Cardoso Henrique e Luiz Flávio Borges D'Urso, este presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo. De acordo com eles (2008),

O que estamos constatando é que a produção de leis inconstitucionais ou que se chocam ou se sobrepõe a legislações já existentes acaba por criar um novo vetor de insegurança, gerando o que nenhum País civilizado deseja: instabilidade das relações econômicas, profissionais e particulares. Neste cenário, a qualidade dos diplomas legais é fundamental para garantir a segurança jurídica, a estabilidade do dia-a-dia dos cidadãos (...).

A lei, certamente não pode ser elaborada para atender interesses de grupos ou interesse governamental, ela tem de servir à Res-Publica. Também precisa ter enunciados claros para evitar interpretações diversas, que trarão ainda mais confusão e insegurança na sua aplicação. Por ter um índice tão alto de leis inconstitucionais, o Brasil evidencia que os detentores do poder acabam legislando em causa própria em detrimento dos direitos de todos os brasileiros.

(...)

A segurança jurídica é importantíssima porque alicerça a proteção aos cidadãos. Dela decorrem a segurança de todos os demais direitos individuais e coletivos. Assim, as normas legais passageiras, as normas que não pegam, as normas inconstitucionais, as normas que geram interpretações divergentes expõem ainda mais o desequilíbrio de forças entre o Estado e o cidadão. Somente com a segurança jurídica, é possível combater os excessos do Poder público e garantir a liberdade, igualdade, segurança e a plenitude da cidadania.

Um exemplo das graves repercussões trazidas pela declaração de inconstitucionalidade de leis está no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 2.240. De acordo com o "Anuário da Justiça" (2008, p. 76), em 2007, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional uma lei editada no Estado da Bahia (Lei Estadual nº. 7.619/2000), norma esta que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Com população estimada em 45 mil habitantes pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o município já existia há 7 anos quando da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que o criou. Sem dúvida, essa decisão do STF trouxe insegurança jurídica para pessoas e instituições não só relacionadas ao Município de Luís Eduardo Magalhães, mas também para pessoas e instituições ligadas a municípios criados com base legal semelhante à atacada pelo Supremo Tribunal Federal.

O professor Joaquim Falcão traz outra questão interessante relacionada com os altos índices de inconstitucionalidade verificados no Brasil. Dentro das discussões acerca de uma aludida “cultura de transgressão de normas” existente na sociedade brasileira, Falcão (2008, p. 65) argumenta que, na atualidade, os brasileiros, a todo o momento e nas mais diferentes situações, vivenciam a “probabilidade” de estar à margem de lei, ou seja, existem boas chances de que uma conduta desenvolvida sob amparo de uma lei seja, posteriormente, considerada ilícita ou ilegal, em razão dessa lei vir a ter sua invalidade declarada, tal como nos casos de declaração de inconstitucionalidade. Nesse caso, restaria caracterizado o fenômeno da “ilegalização”, assim explicado por Joaquim Falcão (2008, p. 65):

A ilegalidade, a transgressão da lei, é um tipo de transgressão social. Mas, ao contrário de outros, a ilegalidade não se conhece de antemão. Não é concomitante ao ato. Ela é ‘ex post facto’. Tem de ser declarada posteriormente. A ilegalização é a qualificação futura, pelo Poder Judiciário, com base na lei, do ato praticado hoje, o qual pode ou não ocorrer.

A possibilidade de uma conduta ser qualificada como ilegal ou ilícita mesmo tendo sido praticada sob abrigo da lei então plenamente vigente cria, segundo Falcão (2008, p. 65), um “limbo legal” que promove incertezas nas relações sociais. No caso brasileiro, em alguns casos, a “probabilidade da ilegalização” faz com que as pessoas e instituições só sintam segurança em definir condutas com base em uma normal legal após esta ter tido sua validade analisada pelos órgãos judiciários, especialmente o Supremo Tribunal Federal.

No limbo legal ninguém fica seguro. Fica em espera ansiosa. Essa espera gera insegurança. Reúne interesses políticos e econômicos, convergentes ou contraditórios, em sua volta. Graves conseqüências jurídicas podem ocorrer. (...) a probabilidade de ilegalização, seja judicial e definitiva, ou administrativa e transitória, tem crescido muito (FALCÃO, 2008, p. 65).

No caso de haver a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, o fenômeno da “ilegalização” alcançará os atos fundados na norma legal invalidada. Assim, quanto maior forem as leis atacadas por questionamentos de constitucionalidade e quanto mais altos forem os índices de inconstitucionalidade, maior será também a probabilidade da “ilegalização” atingir condutas de pessoas e instituições. Por conseguinte, quanto maior a probabilidade de “ilegalização”, maior a sensação de insegurança jurídica.

Um exemplo recente das conseqüências da insegurança jurídica ocasionadas pelo fenômeno do “limbo legal” está nas discussões acerca da possibilidade de se realizarem, no Brasil, pesquisas científicas utilizando-se células-tronco. Em 2005, entrou em vigor no país a Lei nº. 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, norma essa que autorizou e disciplinou a realização de experimentos científicos com células-tronco. Todavia, pouco depois de haver entrado em vigor, o dispositivo da lei que tratava da autorização das experiências com células-tronco teve sua constitucionalidade questionada pela Procuradoria-Geral da República. Somente em 2008, no dia 29 de maio, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento dessa ação (ADI nº. 3.510), tendo vencido a tese de que a Lei de Biossegurança não desrespeitou a Constituição ao autorizar e disciplinar as experiências com células-tronco.

Sobre essa questão, o então ministro da Saúde, José Gomes Temporão afirmou, à época do julgamento, que o questionamento sobre a inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança trazia insegurança para pesquisadores, pois enquanto não houvesse uma decisão do STF sobre o tema, os pesquisadores retardariam seus estudos (CASAL, 2008).
Para Temporão

A falta de uma solução definitiva cria um clima de insegurança para os pesquisadores (...) E faz com que muitos grupos não dêem início a uma pesquisa que já poderia estar em andamento se o Supremo tivesse definido o marco regulatório que permitirá aos pesquisadores trabalharem com tranquilidade (apud CASAL, 2008).

Em acréscimo, conforme destacado no item anterior, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aponta para um problema de qualidade no processo de sua elaboração. Para Fabiana de Menezes Soares (2008),

Neste quadro em que os procedimentos de planejamento legislativo ainda não se incorporaram à cultura da atividade de legislar, o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer no sentido de elaborar, responsavelmente, uma legislação de qualidade, que tenha condições de eficácia, que responda adequadamente à demanda que legitima o seu surgimento ou regulamentação, que especifique os ônus dela decorrentes e que preveja medidas de reordenamento do sistema jurídico após a nova legislação, com o fim de evitar choques entre normas. (...) Apesar do esforço e da adoção de medidas direcionadas à melhoria da qualidade da legislação por parte dos países desenvolvidos e a despeito de todos os problemas advindos da baixa qualidade em geral e do impacto que o excesso de atos normativos causa ao sistema, no Brasil estas iniciativas ainda são tímidas. É necessário propor ações em

prol do planejamento legislativo apto a identificar os ônus da nova legislação sobre a Administração Pública, cidadãos e empresas.

Então, na medida em que os índices de inconstitucionalidade aferidos no Brasil demonstram um número significativo de leis declaradas inconstitucionais, é possível concluir que o país padece de má qualidade institucional na gestão dos processos de criação legislativa.

5 Inconstitucionalidade de Leis e Princípio da Confiança

A percepção de que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar a “ilegalização” de condutas amparadas na confiança depositada no Estado e sua produção legislativa motivou juristas a desenvolverem mecanismos que mitigassem as conseqüências da inconstitucionalidade da norma legal.

No intervalo existente entre os momentos que marcam a entrada em vigor de uma lei e a posterior declaração de sua inconstitucionalidade, esse diploma legal produz efeitos, fundamentando relações jurídicas estabelecidas por pessoas e instituições que assim agiram confiando na presunção de validade que é própria dos atos emanados do Estado. Desta forma, a posterior declaração de nulidade dessa lei acaba por frustrar as legítimas expectativas daqueles que avaliaram suas condutas com base em seu conteúdo normativo.

Tal como explicitado em tópico anterior por Judith Martins-Costa (2004), a idéia de segurança jurídica vem acolhendo preceitos baseados no princípio da proteção à confiança. Nas situações envolvendo declaração de inconstitucionalidade de lei, a relação entre as idéias de segurança jurídica e proteção à confiança estimula o Estado a adotar ações que mitiguem os efeitos dessa decisão junto às relações jurídicas que, então legitimamente, estabeleceram-se conforme a lei viciada.

Almiro do Couto e Silva (2005, p. 12) destaca que a influência da idéia de proteção à confiança já podia ser percebida em decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando essa instituição, em algumas situações específicas, aplicava a eficácia “ex nunc” às sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, ou seja, os efeitos dessa decisão só repercutiriam nos atos praticados após sua proclamação pela Corte, protegendo, por

consequente, as condutas antes praticadas sob a confiança da legitimidade da lei e dos atos estatais.

Ainda segundo Couto e Silva, a idéia de que, em alguns casos, dever-se-ia restringir os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, como forma de proteger a confiança, já encontrava defensores no Brasil há décadas atrás. Como exemplo, ele cita argumentos expostos na obra “O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis”, publicado em 1949 por Lúcio Bittencourt. Desse livro, Couto e Silva reproduz o seguinte trecho (2005, p. 12-13):

Da mesma sorte as relações jurídicas que se constituírem, de boa fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem a coisa soberanamente julgada perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. A jurisprudência americana fornece várias ilustrações sobre o assunto, mostrando, todavia, certa insegurança e flutuação, que não nos permite deduzir uma regra definitiva. Assim, a Corte Suprema tem entendido que as pessoas condenadas como incursoas em lei julgada inconstitucional, muito embora a decisão condenatória já tenha transitado em julgado, devem ter essa decisão revista em seu benefício. Apólices ou bônus emitidos pelos Estados ou Municipalidades em virtude de lei inconstitucional perdem, totalmente, o seu valor por efeito da decisão do Judiciário. Todavia tem entendido a Corte Suprema que os indivíduos que agiram em boa fé e foram prejudicados em seus direitos, devem obter da parte do Estado indenização pelos danos sofridos. Da mesma sorte – segundo informa Willoughby – conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática tem levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa fé, exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz.

Na mesma linha de raciocínio, Couto e Silva (2005, p. 13) ressalta também trecho de voto preferido pelo ministro João Leitão de Abreu, em 1977, em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em que ele expõe o seguinte argumento:

A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (1996), já havia também externado opinião no sentido de que, em situações específicas, a eficácia “ex tunc”

das declarações de inconstitucionalidade de lei poderia ter sua intensidade controlada de forma a não prejudicar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé, preservando a segurança jurídica e a idéia de confiança. Para o ministro (1996, p. 192):

Conseqüência da declaração de nulidade “ex tunc” da norma inconstitucional deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela. Todavia essa depuração total (“Totalbereinigung”) não se verifica nem nos sistemas que, como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, nem naqueles que, como o brasileiro, utilizam as formas gerais de preclusão.

Sobre a experiência brasileira no controle da retroatividade das decisões que julgam a inconstitucionalidade de leis, Gilmar Mendes complementa afirmando (1996, p. 258):

(...) concede-se proteção ao ato singular em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se a diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (“Normebene”) e no plano do ato individual (“Einzelaktebene”) através das chamadas fórmulas de preclusão. Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela lei inconstitucional.

Mais recentemente, em 1999, a entrada em vigor de duas leis federais introduziram no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de uma lei não produzir efeitos retroativos. A Lei Federal nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, traz em seu artigo 27 a seguinte disposição:

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.

Também a Lei Federal nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que “Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal”, apresenta redação praticamente igual ao disciplinar, em seu artigo 11, que:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição 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.

Essas duas leis não só forneceram amparo legal para que o Supremo Tribunal Federal possa mitigar os efeitos advindos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas também ressaltam que a idéia de segurança jurídica compõe, como princípio, a base de existência e interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, em uma dimensão que contempla, em seu bojo, a idéia de proteção à confiança.

6 Conclusão

A pesquisa desenvolvida pelo “Anuário da Justiça” (2008, p. 72-76), que aponta expressivos índices de inconstitucionalidade em leis editadas pelos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo brasileiros, em diferentes esferas federativas, demonstra que o país padece de uma deficiente qualidade institucional no que se refere à produção de normas legais. Tendo em conta que, em um Estado de Direito, as leis funcionam como meios de avaliação de condutas de pessoas e instituições, para que estas estabeleçam ações e relações intersubjetivas, as freqüentes declarações de inconstitucionalidade de normas legais acabam por fomentar um clima de insegurança, uma vez que se diminui a confiança na legitimidade das leis em geral, bem como abalam relações jurídicas já existentes, visto que a declaração de inconstitucionalidade possui, via de regra, eficácia retroativa.

Diferentes instituições afirmam que, no Brasil, encontra-se prejudicada a sensação de segurança jurídica, especialmente em comparação com outros países. Certamente, os expressivos índices de inconstitucionalidade verificados na apreciação de leis muito contribuem para o estabelecimento desse clima de insegurança. Somente no Supremo Tribunal Federal, desde 1988 já foram ajuizadas mais de 4 mil ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), o que, em média, representa cerca de 200 ações apresentadas anualmente (ANUÁRIO DA JUSTIÇA, 2008, p. 74).

Como medida paliativa, nos últimos anos foram desenvolvidos e implantados mecanismos jurídicos capazes de mitigar as conseqüências oriundas as declarações de inconstitucionalidade de normas legais, como forma de preservar, ou pelo menos causar menos prejuízos, àqueles que, de boa-fé, confiaram na lei inválida para estabelecer relações jurídicas. Entretanto, como essas medidas são aplicadas em situações excepcionais, e não por via de regra, não são suficientes para proporcionar segurança jurídica contra a relevante probabilidade de “ilegalização” de condutas e relações.

A restauração de um ambiente de segurança jurídica no Brasil, particularmente no que diz respeito à confiança na legitimidade e validade das leis editadas pelo Estado, depende da melhora nos níveis de qualidade institucional, que nesse caso devem se manifestar por meio de processos mais eficazes e aprimorados de produção legislativa. Nas palavras do professor argentino Enrique Del Percio, “(...) la calidad de las instituciones depende de su capacidad para brindar respuestas satisfactorias a las demandas de la ciudadanía respetando el marco normativo definido por la Constitución” (2009, p. 133).

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito: São Paulo: Ícone, 1995.

CARDOSO, Maurício. **Império da Lei**: movimento defende o Estado de Direito no mundo. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 31 maio 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/66738,1>. Acesso em: 06 jul. 2008.

CASAL, Marcelo. Ministros do STF apontam falhas na lei de biossegurança. **Tribuna do Norte**, Natal, 08 março 2008. Disponível em: <http://tribunadonorte.com.br/noticia.php?id=69493>>. Acesso em: 06 jul. 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2008.

D'URSO, Luiz Flávio Borges; HENRIQUE, Walter Cardoso. Insegurança jurídica traz prejuízos ao Brasil. Valor Econômico, São Paulo, 24 março 2008. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2008/112/>. Acesso em: 06 jul. 2008.

DEL PERCIO, Enrique. **Política o destino**. Buenos Aires: Sudamericana/COPPAL, 2009.

FALCÃO, Joaquim. Transgressões coletivizadas e justiça por amostragem. In: CARDOSO, F.H.; MOREIRA, M.M. (Org.). **Cultura das transgressões no Brasil**. São Paulo: Instituto ETCO e Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2008. p. 63-90.

KRAUSE, Martin Enrique. **Índice de Calidad Institucional 2008**. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=martin_krause. Acesso em: 06 jul. 2008.

LEIS fora de esquadro. **Anuário da Justiça 2008**. São Paulo, p. 72-76, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27. p. 110-120, out./dez. 2004.

NETTO, Antônio Delfim. Insegurança jurídica. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 maio 2008, p. A2.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Segurança jurídica e certeza do direito. Realidade ou Utopia num Estado Democrático de Direito? Segurança jurídica e certeza do direito. Realidade ou Utopia num Estado Democrático de Direito?** Disponível em:

<<http://www.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=8691&Autor=272>>. Acesso em: 06 jul. 2008.

SOARES, Fabiana de Menezes. **O custo da má legislação e o direito nosso de cada dia.** Disponível em:

<http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/imagens/Artigo_Fabiana.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2008.