

A força normativa dos fatos como ferramenta do ativismo judicial utilizada para alargamento da competência do Supremo Tribunal Federal após a EC 45/04

*José Ribas Vieira**
*Deilton Ribeiro Brasil***

RESUMO. O presente artigo é o resultado da análise dos estudos de caso das ADI's n.º 2240-7/BA, 3689-1/PA, 3316-6/MA e 3489-8/SC realizada pelo Laboratório de Análise Jurisprudencial do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho. Destaca-se o acolhimento da categoria denominada força normativa dos fatos, os princípios da segurança jurídica e o da nulidade da lei inconstitucional que evidenciam ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal ao decidir regulando situações de exceção.

Palavras-chave: Força normativa dos fatos. Segurança jurídica. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal.

1 - Considerações iniciais

A repercussão das decisões, de um modo especial, dos Ministros Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes proferidas nos autos da ADI n.º 2240-7/BA (DJ em 03/08/07), ADI n.º 3689-1/PA (DJ em 29/06/07), ADI n.º 3316-6/MT (DJ em 29/06/07) e ADI n.º 3489-8/SC (DJ em 03/08/07) possuem grande importância para a comunidade jurídica. Demonstra como eles estão reconhecendo e acolhendo a categoria denominada força normativa dos fatos dentro de um contexto de criação da

* Coordenador do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Gama Filho/RJ. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Montpellier (França). Doutor pela UFRJ em Direito.

** Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG. Membro do IAMG.

município em situação não prevista, bem assim os princípios da segurança jurídica e da nulidade da lei inconstitucional que prosperam em benefício da preservação do município.

Para o Ministro Eros Grau, essa excepcionalidade ocorre em virtude do § 4º do art. 18 da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi atribuída pela EC 15/96, estabelecer que a criação de Município seja feita por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, dependendo de consulta prévia.

A simples interpretação literal do texto desse parágrafo 4º do art. 18 da Constituição do Brasil, conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.

Fundamenta que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso mesmo pede prudência ante a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e uma necessária análise das consequências perniciosas que poderiam advir de uma eventual declaração de inconstitucionalidade.

Na ADI n.º 3689-1/PA (DJ em 29/06/07) o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) propõe ação direta em que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 6066, de 14 de agosto de 1997, do Estado do Pará, lei que, alterando divisas, desmembrou faixa de terra do Município de Água Azul do Norte e integrou-a ao Município de Ourilândia do Norte. Afirma a inconstitucionalidade da lei estadual, posterior à promulgação da Emenda Constitucional n.º 15/96, que deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 18 da Constituição de 1988. A gleba foi agregada ao Município de Ourilândia do Norte, inexistindo a lei complementar federal mencionada no texto constitucional (§ 4º, art. 18, CB), que determina o período no qual municípios podem ser criados, incorporados, desmembrados. Apenas a população residente na faixa de terra

desmembrada do Município de Água Azul do Norte manifestou-se no plebiscito realizado em 4 de maio de 1997.

Vale destacar o histórico da região onde estão localizados os Municípios de Água Azul do Norte e Ourilândia do Norte merece ser considerado. Nas décadas de 70 e 80 fora firmado um acordo entre o Governo Federal e a Construtora Andrade Gutierrez, para a implementação do Projeto Tucumã, visando à ocupação da região amazônica.

Em 10 de maio de 1988 ocorreu a emancipação municipal de Ourilândia do Norte, que se desmembrou do Município de São Félix do Xingu (Lei n.º 5449/88 do Estado do Pará). O Município de Água Azul do Norte emancipou-se em 1991, sendo seu município de origem Parauapebas (Lei n.º 5694/91), tornando-se vizinho do Município de Ourilândia do Norte. Os moradores da região em litígio – porção de terras desmembrada do Município de Água Azul do Norte e acrescida ao território de Ourilândia do Norte – continuaram a suprir suas necessidades no Município de Ourilândia do Norte, embora estivessem situados formalmente em Água Azul do Norte.

O território em questão, desmembrado do Município de Água Azul do Norte, dista da sede desse município mais de 90 km. Também por essa razão pareceu razoável aos moradores postular a incorporação da faixa de terra ao Município de Ourilândia do Norte, do qual está distante apenas 12 km. A lei estadual atacada somente positivou situação de fato já existente. Os cidadãos residentes naquela gleba, distante 90 km do Município de Água Azul do Norte, requereram a agregação do território ao município que supria as necessidades da população.

Na ADI 3316-6/MT (DJ em 29/06/07) trata de uma declaração de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República em desfavor da Lei n.º 6893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste. Afirmou a inconstitucionalidade da lei estadual, posterior à promulgação da Emenda Constitucional n.º 15/96, que deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 18 da

Constituição de 1988. O preceito da Constituição mato-grossense que atribuía à lei complementar estadual os requisitos definidores da criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios e estabeleceu período determinado em que os municípios poderiam ser criados, teria sido revogado no advento da EC 15/96. O Governador do Estado do Mato Grosso sustentou a constitucionalidade da lei atacada. A Assembléia Legislativa também o faz.

Como razões de forte convencimento o Ministro Eros Grau salienta que no seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. O Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território - isto é, no Município de Santo Antônio do Leste - foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sítio do IBGE (www.ibge.gov.br), no ano de 2000 foram realizadas eleições no Município de Santo Antônio do Leste, organizadas pelo TRE-MT, de que participaram 1.459 eleitores, no ano de 2004 foram 2.500. No ano de 2003 o Município contava com 2.113 habitantes, que se movimentam numa frota de 250 veículos. A população estimada pelo IBGE no ano de 2005 é de 2.165 habitantes. A frota, por sua vez, saltou para 303 veículos. Em 2002 foram assentados 5 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2003 foram 4 registros. Também em 2002, o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$1.648.957,93 e do FUNDEF da ordem de R\$322.668,72. No ano seguinte, R\$1.730.766,82 do FPM e, em 2004, R\$597.737,00 provenientes do FUNDEF. Em 2003 contava com 848 alunos matriculados, 729 na rede municipal de ensino, composta por 4 escolas e 33 docentes. No ano de 2004 eram 995 alunos, dos quais 862 matriculados na rede municipal, naquela época com 5 escolas e 41 docentes. Em suma, o Município de

Santo Antônio do Leste existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.

Por último, na ADI 3489-8/SC (DJ em 03/08/07) encontramos uma situação fática muito assemelhada com a ADI 3316-6/MT. Conforme o voto exarado pelo Ministro Eros Grau, o Procurador-Geral da República ajuizou ação direta em que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina, que anexou à localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, ao Município de Monte Carlo. Afirma que a inconstitucionalidade da lei estadual, posterior à promulgação da Emenda Constitucional n.º 15/96, que deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 18 da Constituição de 1988. Apenas a população do Distrito de Vila Arlete manifestou-se sobre o desmembramento, não obstante a consulta devesse ser estendida a toda a população envolvida no processo. O Governador do Estado de Santa Catarina sustentou a constitucionalidade da lei atacada. A Assembléia Legislativa também o fez, ao argumento de que a sede do Município de Campos Novos dista 75 km da localidade de Vila Arlete, sendo que o Município de Monte Carlos fica apenas a 25 km.

No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. A nova área do Município de Monte Carlo se submete, desde a anexação, à lei orgânica e às demais leis do Município de Monte Carlo. Os habitantes agora são eleitores inscritos no Município de Monte Carlo, tendo participado das últimas eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Desses habitantes foram arrecadados tributos de sua competência. O Município de Monte Carlo, após a agregação da localidade de Vila Arlete, prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. Em suma, a localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, passou, de

fato, a integrar o Município de Monte Carlo, ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política, inclusive em relação à localidade de Vila Arlete.

2 - Fundamentos doutrinários da força normativa dos fatos

No embasamento teórico de seus votos proferidos nas ADI n.º 2240-7/BA (DJ em 03/08/07), ADI n.º 3689-1/PA (DJ em 29/06/07), ADI n.º 3316-6/MT (DJ em 29/06/07) e ADI n.º 3489-8/SC (DJ em 03/08/07) o Ministro Eros Grau alinha-se com o entendimento firmado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, momento em que invoca o princípio da segurança jurídica que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito, pois segundo (Larenz, 1985)

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica. O princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz: dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. [...] Segundo a opinião atual, (este princípio da boa fé) se aplica nas relações jurídicas de direito público.

Para o Ministro Eros Grau atua aqui a força normativa dos fatos que permite compreender a origem e a existência da ordem jurídica, pois na vida do Estado as relações reais

precedem as normas em função delas produzidas. (Jellinek, 2000).

Na ADI n.º 2240-7/BA – o que existe, de fato, é o Município Luís Eduardo Magalhães, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política – entende o Ministro Relator que estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos. A essa força é que (Schmitt, 2001) faz alusão ao apontar o fato de, no princípio de dezembro de 1949, o representante inglês da ONU ter declarado, em relação ao reconhecimento do novo governo comunista da China, que um reconhecimento jurídico internacional não há de apoiar-se senão na realidade fática. O presente caso importa simplesmente termos consciência da inescandível realidade fática do Município de Luís Eduardo Magalhães. Ao seu reconhecimento como ente federativo dotado de autonomia basta à realidade fática.

No caso da ADI n.º 3689-1/PA o desmembramento de parte do Município de Água Azul do Norte e a incorporação dessa parcela ao Município de Ourilândia do Norte importou, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. A anulação da decisão política de que resultou a criação do Município avança sobre o que se poderia chamar de *reserva do impossível*, no sentido de não ser possível anular-se o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agredir o princípio federativo.

Nas ADI's n.º 3316-6/MT e 3489-8/SC observamos que, nos casos do Município de Santo Antônio do Leste e do Município de Monte Carlo as exceções não foram previstas pelo direito positivo que decorreram de violação, ao menos indireta, pelo Congresso Nacional, da ordem constitucional. Estamos aí diante de uma situação anormal, a omissão do Legislativo instalando uma fissura, dir-se-ia, na ordem constitucional.

Acrescenta ainda que essa exceção manifesta-se inicialmente em razão de omissão do Poder Legislativo, omissão que impede desde a promulgação da Emenda Constitucional n.º 15, em 12 de setembro de 1996, a criação,

incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Essa omissão consubstancia uma moléstia do sistema, um desvio do seu estado normal e que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º da Constituição do Brasil). Assim, observado o disposto no parágrafo 4º do art. 18 da Constituição do Brasil e a lei complementar nele mencionada, a decisão política que envolva a criação de um município poderia, se existente a lei complementar, ser tomada. A omissão do Congresso Nacional impede, no entanto, que essa decisão, de caráter político, seja afirmada.

Essa omissão opera no sentido de como transferir parcela de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que inviabiliza o que a Constituição autoriza, a criação de um novo Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. Para o Ministro Eros Grau estamos diante de uma situação anormal, a omissão do Legislativo instalando uma fissura, dir-se-ia, na ordem constitucional. Moléstia do sistema, desvio de seu estado normal. As normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu valer.

Essa existência real não está inserida para além do ordenamento, senão no seu interior. É que o estado de exceção é zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. (Agamben, 2004).

Na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento (da realidade inconstitucional) ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. (Hesse, 1998).

A decisão política da criação do Município violou a regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes. O preceito veiculado pelo parágrafo 4º do art. 18 da Constituição visa a impedir a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios fora de período determinado por lei complementar federal. Como o Legislativo omitiu-se, deixando de produzir essa lei complementar, e o ente federativo surgiu, existindo como tal, a aplicação do preceito para que se declare a inconstitucionalidade do ato legislativo estadual e a inconstitucionalidade institucional do Município agravará a moléstia do sistema. Se da aplicação de uma norma resulta um desvio de finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma. Precisamente isso se daria no caso, se a autonomia do ente federativo viesse a ser anulada.

O processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não tem início na emanção de uma regra, mas sim em um momento anterior, no qual aquela ordem é culturalmente forjada. As normas não são senão uma entre as distintas manifestações do fenômeno jurídico. O ordenamento jurídico “[...] é uma entidade que em parte se move segundo as regras, mas, sobretudo move ela mesma as regras como figuras de um tabuleiro; por isto as regras representam o objeto e o meio da sua atividade, não um elemento da sua estrutura”. (ROMANO, 1945).

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes em seus votos-vista prolatados nas ADI's n.º 2240-7/BA, n.º 3689-1/PA, n.º 3316-6/MT e n.º 3489-8/SC endossando o voto do Ministro Relator Eros Grau concordou que não se pode negar a relevância do princípio da segurança jurídica e o princípio da nulidade da lei inconstitucional neste caso, ressaltando a necessidade de se primar pela otimização de ambos os princípios, tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar. (ALEXY, 2001).

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Tribunal tem entendimento assentado no sentido de que o art. 18, parágrafo

4º, da Constituição da República, com a redação determinada pela EC n.º 15/96, é norma de eficácia limitada, dependente, portanto, da atuação legislativa no sentido da feitura da lei complementar nele referida para produzir plenos efeitos. Ainda que despida de eficácia plena, entende-se que tal norma constitucional tem o condão de inviabilizar a instauração de processos tendentes à criação de novas municipalidades, até o advento da referida lei complementar federal.

Esse é um dado que deve ser devidamente equacionado. O princípio da nulidade da lei inconstitucional também tem um peso elevado no caso, o que torna inevitável o recurso à técnica da ponderação.

Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o *leitmotiv* para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade.

O recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade.

Neste contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei n.º 9868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via de mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, preenchendo a lacuna – já detectada pelo Tribunal – existente no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade.

Com efeito, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. O perigo de tal atitude desmesurada de *self-restraint* (ou *greater restraint*) pelas Cortes Constitucionais ocorre justamente nos

casos em que, como o das ADI's n.º 2240-7/BA, n.º 3689-1/PA, n.º 3316-6/MT e n.º 3489-8/SC, a nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe do ponto de vista político, econômico e social.

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Em muitos casos, então, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade. Nesses termos, fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n.º 9868/99 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, segundo 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.

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 idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante.

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei n.º 9868/99 em sua

versão mais ampla. A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei instituidora de uma nova entidade federativa, o Município, constitui mais um dentre os casos em que as conseqüências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico.

Outro aspecto interessante, é o voto do Ministro Sepúlveda Pertence nas ADI's n.º 2240-7/BA, n.º 3316-6/MT e n.º 3489-8/SC em que deixa registrado que os atos jurídicos são aperfeiçoados e direitos são adquiridos pela não incidência de uma lei inconstitucional. Então, se houver direitos adquiridos, realmente não acompanha a possibilidade de o Tribunal lançar para o futuro o termo inicial da inconstitucionalidade de uma lei.

Em tais hipóteses, realmente, independentemente do art. 27 da Lei n.º 9868, entende que o Tribunal pode, sim, modular a eficácia temporal de suas decisões, mediante ponderação de princípios constitucionais, particularmente numa ponderação entre o dogma da nulidade da lei inconstitucional e a garantia da segurança jurídica.

Por isso, faz ressalva para, no caso concreto de criação de município, achar plausível a fórmula proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, porque não previu situações individuais que possam ser atingidas por essa decisão. Ao contrário, poderia haver situações, já não dizendo jurídicas, mas criadas com boa-fé em razão da existência de fato deste Município inconstitucional.

Aduz ainda, que o nosso ordenamento constitucional é dos poucos que erigiu a irretroatividade da lei, em prejuízo de direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, em normal constitucional e, mais que isso, em garantia constitucional intangível. Registra por derradeiro, a sua dificuldade de entender que intangível – até, eventualmente, por emenda constitucional – essas situações jurídicas constituídas, cuja validade, eventualmente, penda da inconstitucionalidade das leis, possam ser atingida por esse decreto judiciário de ponderação. O que temos aí é uma regra de direito

intertemporal, até com suas inconveniências pelo colorido conservador, mas que, para ele, é inflexível.

Por derradeiro, o Ministro Marco Aurélio nas ADI's n.º 2240-7/BA, n.º 3689-1/PA, n.º 3316-6/MT e n.º 3489-8/SC em que foi voto vencido, em maior extensão, quanto a procedência, dissente dos Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence no sentido de que há pouco o Supremo declarou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 15 e, ao fazê-lo, tornou estreme de dúvidas que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Município só podem ocorrer nos moldes de lei complementar, de cunha federal, ainda inexistente. Vale dizer, a redação primitiva da Carta, do parágrafo 4º do art. 18, foi alterada, não subsiste, portanto, e, para haver qualquer dos fenômenos contemplados no preceito, mostra-se indispensável à vinda da lei federal nele referida.

Indaga a respeito de qual é a premissa de incidência do art. 27 da Lei n.º 9868 de 1999? Surge premissa inafastável porquanto o preceito encerra uma exceção relativamente à eficácia das decisões do Supremo: a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo. E a razão de ser é única: a boa-fé. A presunção de legitimidade do ato normativo tão logo formalizado, tão logo aperfeiçoado.

Declara não poder, a um só tempo, ter presentes os pronunciamentos anteriores do Supremo, nesta mesma assentada, a proclamação de que está em pleno vigor, porque válida sob o ângulo constitucional, a Emenda n.º 15, e a premissa do art. 27 da Lei n.º 9868 de 1999, e, sem declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, assentar - não sabendo qual seria a espécie de modulação - certa eficácia.

3 - Desfecho final

Dois exemplos comuns aos votos do Ministro Eros Grau prolatados nas ADI's n.º 2240-7/BA, n.º 3689-1/PA, n.º 3316-6/MT e n.º 3489-8/SC para justificar uma situação de exceção prevista pelo direito positivo.

O primeiro é referente ao casamento putativo previsto no art. 1.561 do Código Civil de 2002, que preceitua quais sejam as circunstâncias os filhos do casal têm direito ao uso do nome e, até a anulação (se houver), morrendo um dos cônjuges antes dessa, se o casamento for em regime de comunhão de bens, o cônjuge que estiver de boa-fé terá direito a herança.

A produção de efeitos jurídicos pelo casamento putativo, tido como válido até a sua anulação, é marcante. Anteriormente a essa anulação, impede a celebração de outro. Sendo indispensável, em certos atos, a outorga uxória, aqueles que tenham sido sem ela praticados na constância do casamento putativo são anuláveis. Nele não ocorre a prescrição entre os cônjuges (art. 197, I do Código Civil de 2002). Por outro lado, a incapacidade para os menores cessa com o casamento putativo, subsistindo a eficácia dos atos que como maiores tenham praticado (art. 5º, II do Código Civil de 2002).

Para o Ministro Eros Grau a diferença entre o casamento putativo e o *Município putativo* está em que, embora possível a anulação do primeiro, a anulação da decisão política de que resultou a criação do Município avança sobre o que ele denomina de *reserva do impossível*, no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo.

O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse sido. [...] Um ato do poder legislativo em contravenção a uma cláusula constitucional não é, com efeito, uma lei. Quando concorrem em um determinado caso uma lei inconstitucional e a Constituição, não tem o poder judiciário que indagar qual a superior para saber a que deve aplicar, se a suposta lei, se a Constituição. [...] O caso, pois, se resolverá perante os tribunais como se, na espécie, lei ordinária não houvesse. (CAMPOS, 1956).

O segundo exemplo é atinente ao das sociedades de fato ou irregulares que o Código Civil chama de *sociedade em comum*. Embora não possuam personalidade jurídica, essas sociedades

praticam atos de comércio. Delas já tratava o Código Comercial em seus artigos 304 e 305.

Uma ordem geral concreta, situada geograficamente e no tempo, com as marcas históricas e culturais que a conformam tal como ela é. Por isso mesmo incompleta e mesmo contraditória, reclamando permanentemente complementação, refazimento e superação de situações de exceção. Para o Ministro Eros Grau, incumbe ao Supremo Tribunal Federal, sempre que necessário, decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

Na tarefa de concretização da Constituição, o Supremo Tribunal Federal aplica-se a prover a sua força normativa e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto. A sua mais prudente aplicação, nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações. A tanto leva a prática da interpretação da Constituição, que supõe caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular.

Daí que ela exige a consideração não apenas dos textos normativos, mas também de elementos do mundo do ser, os fatos do caso e a realidade no seio e âmbito da qual a decisão em cada situação há de ser tomada, ou melhor, cumpre ao Supremo Tribunal Federal fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento de realidades inconstitucionais, mas indispensável há de ser, quando isso seja possível, que este mesmo Tribunal tudo faça para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição.

A Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Ela não é apenas determinada pela realidade social, mas também determinante em relação a ela.

Desse modo, a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem até ser diferenciadas, mas não definitivamente separadas ou confundidas. (Hesse, 1998)

O desenvolvimento da força normativa da Constituição não depende como dito, só do conteúdo da Constituição, mas também de sua práxis. A concepção de vontade de Constituição deve ser partilhada por todos os partícipes da vida constitucional. O comprovado respeito à Constituição é fundamental, sobretudo naquelas situações onde sua observância revela-se incômoda (exemplo: sacrifica-se um interesse, ou alguma vantagem justa em favor da preservação de um princípio constitucional).

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação deve levar em conta as condicionantes dadas pelos fatos concretos da vida, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. Mas ao mesmo tempo em que a mudança das relações fáticas deve provocar mudanças na interpretação da Constituição, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer proposição normativa. Se o sentido de uma proposição normativa não é mais realizável, a revisão constitucional faz-se inevitável. (Hesse, 1998).

Nesse contexto metodológico, assume relevo a proposta de (Häberle, 1997), que, de forma radical e dissolvente, acentua que a doutrina tradicional padece de um grande déficit, e acrescenta:

Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe m círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão

suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma 'sociedade fechada'. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema 'Constituição e realidade constitucional' - aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida sobre os agentes conformadores da 'realidade constitucional'.

Após ressaltar que a interpretação constitucional tem sido, até agora, coisa de uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes jurídicos vinculados às corporações e às partes formais do processo, observa (Häberle, 1997)

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade

pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da 'law in public action' (personalização, pluralização da interpretação constitucional).

O reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva, como acentua (Häberle, 1997), a uma relativização da interpretação constitucional jurídica:

Essa relativização assenta-se nas seguintes razões:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional 'jurídica' dos juízes (Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de 'participante do processo constitucional' (am Verfassungsprozess Beteiligte) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (die pluralistische Öffentlichkeit) desenvolve força normatizadora (normierende Kraft). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública.
3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material 'subsiste' sem interpretação por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes

da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

Segundo (Häberle, 1997), a Corte há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional, senão vejamos:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos 'intérpretes da Constituição da sociedade aberta'. Eles são os participantes fundamentais no processo de 'trial and error', de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.

Os Ministros Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes nos casos das ADI's n.º 2240-7/BA, n.º 3689-1/PA, n.º 3316-6/MT e n.º 3489-8/SC votaram no sentido de, dado as circunstâncias das realidades concretas dos Municípios de Luís

Eduardo Magalhães, Ourilândia do Norte, Santo Antônio do Leste e de Monte Carlo impõem sejam julgadas improcedentes as ADI's e aplicando o art. 27 da Lei n.º 9868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3682, respectivamente. O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou os votos do Ministro Relator Eros Grau nas ADI's n.º 2240-7/BA, n.º 3316-6/MT e n.º 3489-8/SC vencido o Ministro Marco Aurélio que declarava a nulidade dos atos questionados.

The normative strength of the facts as a tool of judicial activism used to broaden the responsibility of the Federal Supreme Court after the EC 45/04

ABSTRACT. The present article is the result of the analysis of the study cases of the ADI's n.º 2240-7/BA, 3689-1/PA, 3316-6/MA and 3489-8/SC carried out by the Laboratory of Jurisprudential Analysis of the Post-Graduation Program of Universidade Gama Filho. It is pointed out the reception from the category denominated normative force of the facts, the principles of judicial security and nullity of the unconstitutional law which evidence juridical activism of the Federal Supreme Court when deciding about the regulation of exceptional situations.

Keywords: Normative force of the facts. Juridical security. Judicial Activism. Federal Supreme Court.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

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

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica. 2000.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sanzoni, 1945.

SCHMITT, Carl. El problema de la legalidad. In: *Carl Schmitt, teólogo de la política*, selección de textos de Héctor Orestes Aguilar. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

