



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE POR
VIA DE AÇÃO DIRETA**

por

MARIA JOANNA PACHECO E CHAVES

ORIENTADORA: REGINA COELI LISBÔA SOARES

2005.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225

CEP 22453-900 RIO DE JANEIRO - BRASIL

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE POR VIA DE AÇÃO DIRETA

por

MARIA JOANNA PACHECO E CHAVES

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio)
como requisito parcial
para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

**Orientadora: Regina
Coeli Lisbôa Soares**

2005.2

*Agradeço à professora
Regina Coeli Lisbôa Soares
pelos ensinamentos, atenção e incentivo,
que constituíram peças fundamentais
para a construção do presente trabalho,
e à minha família,
por todas as razões.*

Resumo

Esta monografia tem por objeto o estudo dos *efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ação direta de inconstitucionalidade*. Após a exposição de conceitos fundamentais para a compreensão do instituto do controle de constitucionalidade das normas, passa-se a uma análise do próprio fenômeno da inconstitucionalidade e dos modelos de controle até então deflagrados. A seguir examinam-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Brasil, notadamente, após a Lei n.º 9.868/99, que, dentre outras inovações, conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de manipular tais efeitos em nome da segurança jurídica ou do excepcional interesse social.

Sumário

Lista de tabelas, abreviações, símbolos ou qualquer outro elemento recorrentemente utilizado no texto	6
Introdução	7
1. A Constituição como lei fundamental	9
2. A fiscalização da constitucionalidade e seus pressupostos	14
2.1. A supremacia da Constituição	15
2.2. A rigidez constitucional	16
3. A inconstitucionalidade	19
3.1. Parâmetro do controle de constitucionalidade	19
3.2. Objeto do controle de constitucionalidade	20
3.3. Espécies de inconstitucionalidade.....	25
4. Existência, validade e eficácia dos atos normativos e das leis declarados inconstitucionais	29
5. Os modelos de controle de constitucionalidade e seus respectivos efeitos de declaração de inconstitucionalidade	32
5.1. Quem controla: órgão de controle	32
5.2. Como se controla: modo de controle	36
5.3. Quando se controla: momento do exercício do controle	38
5.4. Efeitos do controle de constitucionalidade	39
6. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle por via de ação direta no Brasil	45
6.1. Efeitos objetivos da decisão	51
6.2. Efeitos subjetivos da decisão	54
7. A flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle por via de ação direta	60
7.1. A Lei n.º 9.868/99	62
7.2. Segurança jurídica e excepcional interesse social	71
7.3. A ponderação de interesses na manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.....	76

8. Limites à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade	79
Conclusão	87
Bibliografia	91

Abreviaturas

AgR – Agravo Regimental

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADInMC – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

Rcl – Reclamação

RMC – Recurso em Mandado de Segurança

Rp – Representação

RpMC- Medida Cautelar em Representação

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Superior Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

Introdução

Esta monografia se propõe a estudar os *efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ação direta de inconstitucionalidade*, tema que, não obstante de longa data debatido pela doutrina e pela jurisprudência, ainda suscita muita controvérsia, sobretudo, diante da ausência de normas constitucionais expressas sobre o mesmo, tendo, pois, a legislação ordinária, se ocupado deste papel regulatório.

Apesar da deficiência no que diz respeito ao aspecto normativo, o tema *efeitos da declaração de inconstitucionalidade* é de notória importância para a compreensão do instituto do controle de constitucionalidade e dos seus possíveis reflexos no seio do Estado Democrático de Direito e da sociedade que lhe é subjacente. Nesse particular, entra em discussão também o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, na ótica do princípio da separação dos poderes, haja vista a discussão que se trava sobre a legitimidade da manipulação dos citados efeitos.

O desenvolvimento do tema exige, primeiramente, que se discorra sobre o princípio da supremacia da Constituição que é vetor da atual hermenêutica jurídica e que, em conjunto com a rigidez constitucional, torna necessária a existência de um controle de constitucionalidade das leis.

Posteriormente, passa-se ao exame do vício da inconstitucionalidade, característico das normas que estão em relação de desconformidade com a Carta Magna e razão de ser do controle de constitucionalidade. Nesse ponto, faz-se mister descer à análise do que pode vir a ser parâmetro, bem como objeto da fiscalização da constitucionalidade.

Discorre-se, então, sobre os modelos precursores do controle de constitucionalidade e que foram pilares dos modelos adotados no mundo, inclusive no Brasil, sendo, pois, este tópico essencial para que se entendam os traços distintivos do controle brasileiro e dos seus respectivos efeitos.

Nessa trilha, chega-se ao capítulo dos *efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, no Brasil, especificamente no controle por via da ação direta de inconstitucionalidade, estudados aqui sob o enfoque objetivo (*ex tunc* e repristinatório) e subjetivo (*erga omnes* e vinculante).

Percorre-se a trajetória do pensamento da doutrina e da jurisprudência acerca destes efeitos, desde o ponto de vista da concepção clássica até o desapontamento da recente tese de flexibilização, o qual, destaque-se, ganhou especial força após a entrada em vigor da Lei n.º 9.868/99.

Procede-se, por fim, a uma análise dos limites aos regulares efeitos retroativos que decorrem da decisão declaratória de inconstitucionalidade em ação direta, consubstanciados, sobretudo, na coisa julgada inconstitucional.

1. A Constituição como lei fundamental

Juridicamente¹, a Constituição é entendida como a *lei fundamental e suprema* por organizar a estrutura total do Estado e de seus órgãos, bem como garantir o exercício dos direitos fundamentais.

Para Luís Roberto Barroso, a Constituição é um *sistema de normas jurídicas* que institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados.²

José Afonso da Silva, por sua vez, afirma que “A constituição do Estado, considerada como sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”³

¹ A Constituição pode ser estudada sob diversos ângulos, tais como o sociológico, o político e o jurídico, dentre outros. José Afonso da Silva critica as concepções sociológica, política e normativa pura, sustentando que elas pecam pela unilateralidade. Discorre o autor sobre um *conceito estrutural de Constituição*, segundo o qual a Constituição teria, “... como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. e 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 36).

² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ªed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 77 e 78. Aprende-se com o professor Bonavides que, atualmente, a palavra Constituição não basta, no campo do Direito Constitucional, para exprimir toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas básicas da sociedade política. Nesse sentido, o sistema constitucional surge como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita. A terminologia, portanto, não é gratuita, já que induz a globalidade de forças e formas políticas a que a Constituição necessariamente se acha presa, e surgiu diante do imperativo de colocar a Constituição num sistema: “... o sistema constitucional, quer dizer, aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas, em virtude de visualizar nas Constituições apenas o seu aspecto formal, o seu lado meramente normativo, a juridicidade pura.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 93 a 100). No mesmo sentido, encontra-se José Afonso da Silva, que trabalha a Constituição como um sistema de normas jurídicas, ou seja, “... não como norma pura, desvinculada da realidade social e vazia de conteúdo axiológico, mas como estrutura, considerada como uma conexão de sentido, o que envolve um conjunto de valores.” (SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 21).

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 37 e 38.

Com efeito, a concepção da Constituição como lei fundamental do Estado, e, modernamente, da própria sociedade⁴ é pacífica, divergindo, no entanto, a doutrina quanto à natureza desta fundamentalidade, se formal e/ou material.

Kelsen prega uma *concepção formalista* de norma fundamental, argumentando que uma norma de cujo conteúdo outras normas são dedutíveis, tanto quanto ao seu fundamento de validade como quanto ao seu teor de validade, apenas pode ser considerada norma fundamental quando o seu conteúdo seja havido como imediatamente evidente, o que é insustentável. O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, uma razão legisladora, o que é inviável, eis que a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade.⁵

Assim que, na lógica kelsiana, a norma fundamental apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas, sendo o fundamento de validade o fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou uma “... regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.”⁶

Nesse sentido, “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.”⁷

⁴ Destaca Clèmerson Merlin Clève que as Constituições eram compreendidas como mero instrumento de limitação do Estado, não passando de juridicização da política tal como pretendido pela burguesia. Atualmente, passaram a constituir “... documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transforma a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 18).

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 218.

⁶ Ibid. p. 219.

⁷ Ibid. p. 221.

A norma fundamental aqui seria, portanto, “A fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”⁸

Estes postulados formalistas construídos por Kelsen para explicar a norma fundamental da ordem jurídica foram adotados à risca por diversos autores da doutrina brasileira, podendo-se destacar, dentre eles, Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁹ e Zeno Veloso.¹⁰

Já o ilustre professor Clèmerson Merlin Clève, bem como o autor português Jorge Miranda¹¹ rechaçam o pensamento normativista de Kelsen, preocupando-se com a compreensão da Constituição como norma fundamental detentora de uma *força normativa*

“Não há dúvida que Kelsen formulou o discurso jurídico mais completo a respeito do escalonamento hierárquico das normas jurídicas. Nem por isso, todavia, o reconhecimento do escalonamento hierárquico da ordem jurídico-normativa importa em pronta adesão aos seus (de Kelsen) postulados formalistas. Com efeito, a história ocidental desde há muito tempo reconhece a existência de leis superiores, embora recentemente tenha atribuído conseqüências jurídicas a esse fato. Daí porque a supremacia da Constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental.”¹²

⁸ Ibid. p.217.

⁹ Para Regina Nery Ferrari, “... a ordem jurídica decorre de um pressuposto lógico-transcendental, de algo que serve de base para o ordenamento jurídico, mas que se encontra fora dele, na norma hipotética fundamental, que é uma norma pressuposta, cujo enunciado é: *devemos nos conduzir como a Constituição prescreve*; enunciado este pressuposto logicamente e que serve de base para a norma fundamental da ordem jurídica, que é a Constituição.” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 55).

¹⁰ Disserta o autor que “A Constituição, rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma a ordem jurídica.”, esclarecendo o conceito de supremacia da Constituição através da citação de um trecho da Teoria Pura do Direito de Kelsen (VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 17

¹¹ Assevera Jorge Miranda que “... não é preciso entronizar as teses da Teoria Pura para reconhecer que as fontes e as normas se distribuem por níveis bastante diversos. Apesar de só no século xx disso se ter tomado perfeita consciência, a supremacia da Constituição decorre da sua função no ordenamento e os actos que lhe ficam imediatamente subordinados não podem deixar de ter força superior aos que por ela não são regulados.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade*. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 334).

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 20.

Clèmerson Merlin Clève complementa o pensamento sistemático de Kelsen, mostrando que a visão da Constituição como lei fundamental implica não só o reconhecimento da sua supremacia no ordenamento jurídico como também a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente esta qualidade. Nesse sentido, a supremacia da Constituição não exigiria somente a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os seus comandos definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas igualmente a observância de sua dimensão material.¹³

Jorge Miranda segue esta mesma linha de pensamento, opondo-se, todavia, ainda mais enfaticamente ao pensamento formalista de Kelsen. Afirma o autor que a supremacia da Constituição é uma supremacia material e decorre da sua *função* no ordenamento

“Para Kelsen, um acto vale por ser regular o seu processo de criação (ou seja, conforme à norma que, por isso, lhe é superior), e não por causa do seu conteúdo. A lei ordinária de conteúdo contrário à Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse votada como lei constitucional. Não é essa a posição a que aderimos, porque nos parece que as relações entre graus no ordenamento exprimem uma diferenciação de funções a que se procura dar – mas complementarmente – forma adequada. A supremacia da Constituição é uma supremacia material; a Constituição não é Constituição por ser obra de um poder constituinte; é o poder constituinte que é poder constituinte por fazer a Constituição.”¹⁴

De fato, a Teoria Pura do Direito de Kelsen, que simbolicamente é retratada pela figura da pirâmide de forma a indicar que a norma fundamental encontra-se no ápice do sistema jurídico, constituiu um marco histórico no reconhecimento da supremacia da Constituição.

Todavia, já se entende que a Constituição é lei fundamental por ser hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico e, sobretudo, em razão do seu conteúdo, que há de versar sobre a organização e limitação do Estado, separação dos poderes e proteção dos direitos

¹³ Ibid. p. 20 e 21.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 342 e 343.

fundamentais, sendo o conceito de força normativa da Constituição atualmente inquestionável.¹⁵

¹⁵ Um dos precursores doutrinadores da força normativa da Constituição foi Konrad Hesse, que se opôs à idéia de Ferdinand Lassale sobre ser a Constituição um mero *pedaço de papel*, cuja capacidade de regulação e motivação estaria limitada aos *fatores reais de poder* – Constituição real do país. Para Konrad Hesse, a Constituição não configura apenas uma expressão de um ser, mas também de um dever ser, ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social, estando a Constituição real e a Constituição jurídica em uma relação de coordenação. “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 9 a 13, 15 e 16).

2. A fiscalização da constitucionalidade e seus pressupostos

Sendo a Constituição norma fundamental e suprema do Estado, deve haver um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade das normas ordinárias para que se garanta a obediência à Carta Magna e se mantenha a unidade do sistema jurídico. O controle de constitucionalidade é, portanto, instrumento essencial à efetividade das normas constitucionais, bem como óbice ao abuso e aos desvios de poder.

Destaca Zeno Veloso que “... de nada adiantaria a rigidez constitucional, a soberania (*paramountcy*) da Carta Magna, natural e necessária ascendência de suas regras e princípios, se não fosse criado um sistema eficiente de defesa da Constituição, para que ela prevalecesse sempre, vencesse qualquer embate, diante de leis e atos normativos que a antagonizem.”¹⁶

Luís Roberto Barroso chega até a afirmar que “Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. A razão é simples de demonstrar. Quando uma pretensão jurídica funda-se em uma norma que não integra a Constituição – uma lei ordinária, por exemplo -, o intérprete, antes de aplicá-la, deverá certificar-se de que ela é constitucional. Se não for, não poderá incidir, porque no conflito entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer. Aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição.”¹⁷

De um modo geral, elenca a doutrina dois pressupostos para a fiscalização da constitucionalidade da legislação comum, quais sejam: a supremacia e a rigidez constitucionais.¹⁸

¹⁶ VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 17.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 1

¹⁸ Clèmerson Merlin Clève, no entanto, fala em três pressupostos para o controle de constitucionalidade: “... (i) existência de uma Constituição formal; (ii) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais); e (iii) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 23). Celso Ribeiro Bastos também entende que a existência de um órgão encarregado do controle de constitucionalidade constitui um dos pressupostos para a fiscalização da constitucionalidade, sendo o segundo requisito a existência de uma Constituição rígida (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 403 e 404).

2.1. A supremacia da Constituição

A fiscalização da constitucionalidade existe para fazer prevalecer a Carta Magna frente à legislação infraconstitucional, sendo própria, pois, dos sistemas em que a Constituição é a norma superior.

Para que se possa falar em controle da constitucionalidade, é necessário que a Constituição seja concebida como a lei superior do ordenamento jurídico de um Estado, já que o objetivo do controle é justamente garantir que todo o sistema esteja de acordo com as regras e princípios constitucionais, estabelecendo, assim, a unidade deste em torno da Carta Magna.¹⁹

Por conta dessa supremacia, a Constituição orienta todas as manifestações normativas, determinando tanto o conteúdo quanto os efeitos da legislação ordinária.²⁰ Nenhuma lei ou ato normativo poderá, pois, subsistir validamente caso desobedeça aos ditames constitucionais.

Destaque-se, inclusive, que, decorrendo a competência do órgão legislativo do texto constitucional, seria um contra-senso que ele pudesse legislar em desconformidade com a Constituição.

Desta superioridade decorre a denominada rigidez da Constituição.²¹ Com efeito, destaca Zeno Veloso, que a Constituição rígida goza de supremacia, apresentando uma “superlegalidade formal”, caracterizada por um processo rígido e complexo para a sua alteração, e uma

¹⁹ Consoante, Daniel Sarmiento, “Um dos postulados essenciais em que se funda o Direito Moderno é o da unidade do ordenamento jurídico. Segundo ele, há, dentro do mesmo espaço territorial, uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Por isto, muito embora componha-se de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado um sistema, no qual parte-se da premissa de que as partes encontram-se devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais.

Por outro lado, nos países dotados de constituição rígida, este ordenamento acha-se hierarquicamente escalonado em forma de pirâmide, tendo, no vértice superior, a Lei Fundamental, que condiciona a validade e permeia a interpretação de todas as demais normas jurídicas. Por tal razão, é que a Constituição, como fonte comum de validade de todas as normas, que confere a necessária coesão ao ordenamento jurídico.” (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002. p. 27 e 28).

²⁰ FERRARI, Regina Macedo Nery. Op. Cit., p. 56.

²¹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 296; CLÉVE, Clemerson Mèrlin. Op. Cit., p. 26; FERRARI, Regina Macedo Nery. Op. Cit., p. 59; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. p. 45.

“superlegalidade material”, estando numa posição hierárquica superior com relação a todas as demais normas do sistema.²²

Todavia, esclarece o autor que a supremacia da Constituição não é uma exclusividade dos países que possuem constituições rígidas²³, isto é, nos países de constituição flexível a Constituição também poderia deter supremacia.

Cumprido asseverar, porém, que este raciocínio não se aplica à Carta britânica, exemplo ícone de constituição consuetudinária e flexível, visto que na Inglaterra o que vigora é o princípio da supremacia do parlamento e não o da supremacia da Constituição, não havendo, por conseguinte, fiscalização da constitucionalidade.²⁴

2.2. A rigidez constitucional

A rigidez constitucional é vista como condição para a existência do controle de constitucionalidade, posto que, para que a Constituição figure como norma paradigma da fiscalização, é necessário que ela se distinga das demais normas do ordenamento. Quando as normas constitucionais estiverem em posição de igualdade com as normas ordinárias não se poderá falar em adequação das últimas às primeiras, já que ambas estão niveladas juridicamente.²⁵

Dessa forma, prescinde o controle de constitucionalidade da existência de uma diferença formal entre as normas constitucionais e as normas comuns, diferença essa que revela a superioridade da Constituição.

Por ora, faço minhas as palavras de Celso Ribeiro Bastos que expõem a necessidade da rigidez constitucional com notável clareza:

²² VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 24.

²³ Ibid. p. 28.

²⁴ Ibid. p. 28.

²⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit. p. 59; BASTOS, Celso Ribeiro. Op. Cit., p. 402 e 403.

“Durante o período em que inexistiu uma distinção formal entre lei constitucional e lei ordinária, não foi possível desenvolver um sistema de controle da constitucionalidade. As categorias jurídicas são fundadas num feixe de regras próprias, num regime normativo próprio, ou então não têm razão de ser. Chamar-se a umas leis constitucionais e a outras de ordinárias e ao depois submetê-las, ambas, ao mesmo tratamento jurídico equivale a não distinguir coisa alguma. O controle de constitucionalidade somente foi possível quando se fez corresponder à maior importância das leis constitucionais para a estruturação do Estado uma superioridade desta sobre as demais. Somente após a distinção formal entre lei constitucional e lei ordinária foi que elas se tornaram juridicamente diferentes.”²⁶

Quem primeiro distinguiu as constituições rígidas das flexíveis foi o inglês Lord Bryce. Tem-se por *Constituição rígida* aquela que é modificável por um processo especial e mais solene que o previsto para a elaboração das leis ordinárias, e por *Constituição flexível* aquela que é modificável pelo mesmo processo legislativo das leis comuns.

As constituições rígidas tendem a ser *formais*²⁷, vale dizer, constituições reduzidas a um documento *escrito e solenemente* estabelecido pelo poder constituinte, somente modificável por processos e formalidades especiais nelas próprias estabelecidos.²⁸

A contrário senso, as constituições flexíveis tenderiam a ser *materiais*. De fato, se o aspecto formal não distingue a Constituição das demais normas, faz-se mister recorrer à matéria para se identificar os dispositivos constitucionais, denominando-se a Constituição flexível de Constituição tão somente por ela regular matéria constitucional.²⁹

No entanto, Jorge Miranda rejeita a citada correspondência, asseverando que pode uma Constituição material ser também uma Constituição formal, o que em geral sucede nas Constituições modernas, ou não o ser, como ocorre com a Carta inglesa. Não seria suficiente invocar-se o modo e a competência da revisão para se justificar uma contraditória

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. Cit., p. 403.

²⁷ Ressalva Bonavides que constitui um erro afirmar que toda Constituição costumeira é flexível e toda Constituição escrita é rígida. Nesse sentido, poder-se-ia ter uma Constituição costumeira rígida, como de fato ocorreu com a Constituição francesa anterior a 1789 (BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 83).

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 41.

²⁹ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 145 e 146.

natureza. A Constituição flexível e a Constituição rígida reconduzem-se a uma substância comum não afetada pela forma.³⁰

Com efeito, argumenta o brilhante autor que a Constituição flexível não deixa de ter destacados conteúdo e função no ordenamento pelo simples fato de ser ordinariamente modificável

“Perante uma Constituição flexível, não se posterga, nem é mais diluída a incidência material das suas normas sobre as leis, as quais lhes ficam logicamente subordinadas. Não obstante criadas e revogadas de qualquer forma e não obstante ser, porventura, comunicável o objecto, são inconfundíveis as funções. Há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e os actos jurídico-públicos; e também por isso é a Constituição, e não a lei, dentro do Estado, a norma jurídica (ou sob outro aspecto, o acto jurídico) superior; pode haver inconstitucionalidade em Constituição flexível.”³¹

Já Luís Roberto Barroso se insurge contra esta tese, afirmando que, caso as normas constitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas infraconstitucionais, a contrariedade entre elas implicaria uma revogação e não uma inconstitucionalidade.³²

Realmente, a rigidez constitucional não constitui conseqüência lógica e necessária da supremacia, eis que é possível conferir à Constituição flexível uma superioridade dentro do ordenamento jurídico e, dessa forma, efetuar a fiscalização da constitucionalidade das leis.

Todavia, nos sistemas em que a Constituição é rígida, a supremacia é um corolário, sendo a rigidez e o controle de constitucionalidade instrumentos instituídos justamente com a finalidade de se garantir a supremacia da Carta Magna.

³⁰ Ibid. p. 146 e 147.

³¹ Ibid. p. 147.

³² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 2.

3. A inconstitucionalidade

Para que se declare a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinado ato, recorre-se a um procedimento especial que é o controle de constitucionalidade, no qual se verifica a compatibilidade entre este ato e a Carta Magna. Nestes termos, inconstitucional é o ato jurídico que viola a Constituição.

No entanto, as expressões “ato jurídico” e “Constituição” são por demais amplas para que se compreenda o conceito de inconstitucionalidade, sendo necessário delimitar quais os tipos de atos impugnáveis por meio do controle de constitucionalidade, bem como quais as normas constitucionais que servirão de parâmetro para essa relação de conformidade.

3.1. Parâmetro do controle de constitucionalidade

Clèmerson Clève destaca que a inconstitucionalidade pode ter como parâmetro *qualquer dos dispositivos constitucionais*, tendo em vista o reconhecimento da força normativa da Constituição. “Preâmbulo, os princípios, os preceitos, inclusive os programáticos, são normas jurídicas, e assim devem ser compreendidos.”³³

Quanto aos princípios, assevera Clèmerson que mesmo os implícitos, e inclusive os enunciados no Preâmbulo podem ser objeto de controle, já que dispõem de alguma funcionalidade. “Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam *standards* de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional.”³⁴

³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 34.

³⁴ Ibid. p. 35. Dissertando sobre princípios constitucionais implícitos, explica Daniel Sarmiento que “O ordenamento constitucional não se resume ao somatório de todos os dispositivos inscritos no texto da Constituição. Muito mais do que isso, a Constituição representa um sistema aberto, onde devem se refletir os valores fundamentais partilhados por determinada comunidade, ao lado das decisões políticas capitais da Nação.

Assim, beira o truísmo a afirmação de que o intérprete está autorizado a inferir, a partir do sistema e dos valores agasalhados na Lei Maior, normas implícitas, que não perdem a estatura constitucional apenas por não se encontrarem enunciadas no texto magno.

(...)

Na Constituição brasileira, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a vigência de inúmeros princípios constitucionais implícitos, como o princípio da proporcionalidade, da presunção de constitucionalidade das leis, da interpretação conforme à Constituição, da motivação

Canotilho, por sua vez, considera que “... o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao “texto” da constituição. Há que se densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o “bloco de constitucionalidade” a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.”³⁵

Dessa forma, o parâmetro da fiscalização da constitucionalidade são todas as normas que integram o texto constitucional, incluídos aqui as *regras*, independentemente da sua classificação³⁶, e os *princípios* constitucionais, inclusive os que não estão expressos, mas que podem ser deduzidos da sistemática e dos fins da Constituição.³⁷

3.2. Objeto do controle de constitucionalidade

Diverge a doutrina quanto ao objeto do controle de constitucionalidade. Para Jorge Miranda, seguido pela professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade resultam do confronto de uma *norma* ou de um *ato* com a Constituição, correspondendo a atributos que aqueles recebem por estarem em conformidade ou não com a Carta Maior.³⁸

dos atos administrativos, do efeito retroativo das decisões no controle de constitucionalidade das leis, entre vários outros.”(SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. p. 52 a 54).

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 921.

³⁶ Afirma José Afonso da Silva que “Nos países de constituição rígida, esta constitui a fonte primordial do direito constitucional, mas com este não se confunde, pois existem normas constitucionais fora da constituição...” Ressalta o autor, ainda, que há na doutrina quem sustente que existem, na Constituição, regras que não têm natureza de direito constitucional. Dizem que tais disposições não são nem sequer jurídicas, mas apenas um programa de normas jurídicas futuras, e só têm valor político ou ético. Para o José Afonso, ao revés, não se pode falar em diferente força cogente das disposições, pois todas são normativas. (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 45 e 46).

³⁷ “... diversos autores incluem no estudo da inconstitucionalidade material a questão do desvio ou excesso do poder legislativo, caracterizado pela edição de normas que se afastam abusivamente dos fins constitucionais e/ou dos fins declarados. A ascensão e difusão do princípio da razoabilidade, com sua exigência de adequação entre meio e fim, da necessidade da medida (com a consequente vedação do excesso) e de proporcionalidade em sentido estrito, de certa forma atraíram o tema para seu domínio, tornando-se, na atualidade, um dos principais parâmetros do controle da discricionariedade dos atos do Poder Público.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 29 e 30).

³⁸ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 310 e 311; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 72 a 76.

Com efeito, afirma o citado autor que o fenômeno da inconstitucionalidade envolve, de um lado, a Constituição e, de outro, “Um comportamento, seja qual for o seu conteúdo – normativo ou não normativo, geral ou individual, abstracto ou concreto. Isto é: um comportamento que se identifique com um acto normativo (gerador de uma norma que depois como que se desprende de acto, podendo ser autonomamente considerada como inconstitucional ou não), ou a omissão de um acto normativo (não produção de uma norma constitucionalmente exigida), ou um comportamento que não se identifique com um acto normativo.”³⁹

Canotilho, Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso, por sua vez, entendem que inconstitucional é toda a *lei* ou *ato normativo* que viola preceitos ou princípios constitucionais.⁴⁰

Esta diferença pode parecer tênue, porém é de grande importância no que tange à delimitação dos atos que podem ser declarados inconstitucionais, ou seja, do *objeto do controle de constitucionalidade*. Isto porque, não obstante estarem todas as pessoas, públicas e privadas, sujeitas à supremacia da Constituição, a fiscalização da constitucionalidade somente recai sobre os atos do poder público, de qualquer natureza ou apenas os normativos, de acordo com a corrente que se adote.

As condutas privadas são aptas a violarem a Constituição. Todavia, se assim procederem, a sanção não se dará pelos instrumentos do controle da constitucionalidade, mas pelos meios judiciais comuns de impugnação dos atos ilícitos.⁴¹

Já no que tange aos atos públicos, mais razoável é a tese de que somente os dotados de caráter normativo são passíveis de controle de constitucionalidade, tendo em vista, notadamente, o expresso pelo texto da própria Constituição e da legislação que versa sobre a jurisdição constitucional.⁴²

³⁹ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 313 e 314.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 932; MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 911, 919 e 924; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 29 e 30; BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 128 a 139.

⁴¹ Neste sentido, encontram-se Luís Roberto Barroso, J.J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Regina Maria Macedo Nery Ferrari (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 10 e 11; CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 944 e 945; MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 311; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 73).

⁴² Verificar os artigos 102, III, “a” e “b”, CF (controle difuso); 102, I, “a”, 103, § 3º, CF (ADIn e ADC), Lei n.º 9.868/99, artigos 3º, I, § único, 6º, caput, 10, caput, § 3º, 21, (ADIn e ADC).

Destaque-se, inclusive, que o próprio STF, em decisão na qual não conhece da ação direta de inconstitucionalidade que impugna verbete de súmula, afirma que o controle de constitucionalidade somente é exercido sobre ato de caráter normativo, *in verbis*:

“É certo que as Súmulas, porque assentadas na jurisprudência predominante, têm uma certa normatividade, têm um sentido quase-normativo, não obstante destituídas de obrigatoriedade, registra o professor José de Moura Rocha, (Ob. cit., págs. 94 e 95). Esse sentido quase-normativo, entretanto, não lhes empresta o caráter de ato normativo sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Esta, vale repetir, somente pode ter por objeto ato normativo puro, ato normativo com características da lei em sentido material: abstração, generalidade, impessoalidade, obrigatoriedade.”⁴³

Nesse sentido, os atos administrativos e as decisões judiciais, funções típicas do Poder Executivo e do Poder Judiciário, não são impugnáveis mediante ações de fiscalização da constitucionalidade. Limitam-se, respectivamente, a executar e a aplicar ao caso concreto as normas jurídicas, não constituindo atos criadores do Direito, e, portanto, não ameaçando a unidade do ordenamento jurídico.^{44 45}

Ressalte-se, no entanto, que o Poder Judiciário e a Administração Pública exercem, excepcionalmente, a função legislativa, sem que isto represente violação ao princípio da separação dos poderes.

⁴³ STF, ADIn n.º 594/DF, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, 19 fev. 1992.

⁴⁴ Canotilho explica que o objeto do controle são apenas as normas e, para saber em que consiste uma norma ou ato normativo no âmbito do controle de constitucionalidade, faz-se mister mencionar as seguintes questões: “... (1) a qualificação como norma não depende, no direito constitucional português, de qualquer *forma* (lei, regulamento) específica, mas da sua *qualidade jurídica*, ou seja, da sua natureza material; (2) este requisito ou qualidade jurídico-material reconduz-se fundamentalmente à idéia de norma como: (i) *padrão* de comportamentos; (ii) *acto* criador de *regras* jurídicas para a decisão de conflitos. Em virtude da caracterização material das normas como padrões e regras, excluem-se do conceito de actos normativos os actos concretos de aplicação dos mesmos (actos administrativos, sentenças judiciais). A norma, para valer como norma juridicamente vinculante, deve ser criada por um *poder normativo* legitimado para criar padrões de comportamentos e regras de decisão de conflitos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 932).

⁴⁵ Consoante Canotilho, “Esta relativa “tolerância” em relação a actos administrativos inconstitucionais radicava na idéia de os actos aplicativos do direito deixarem impertubada a unidade da ordem jurídica em virtude de não transportarem qualquer conteúdo normativo. O acto administrativo afirmava-se como um “acto auto-referente” sujeito a um controlo judicial autónomo, diverso do controlo da constitucionalidade dos actos normativos. Esta doutrina permanece válida nas suas dimensões principais e encontra, como vimos, amplo apoio no critério da normatividade presente em muitas decisões do Tribunal Constitucional.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 940).

Ocorre que os atos administrativos normativos são *atos normativos secundários* (decretos regulamentares, portarias, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios). Não podem inovar na ordem jurídica por estarem subordinados à lei. Assim, não estarão em confronto direto com a Constituição, e sim em desconformidade com a lei a que lhe cabia regulamentar – hipótese de ilegalidade – ou a própria lei é que está em desconformidade com a Constituição, devendo a mesma ser objeto de impugnação.⁴⁶

Ao contrário, os atos normativos provenientes do Poder Judiciário (regimentos internos e atos normativos elaborados pelos Tribunais) constituem *decretos autônomos*, detendo capacidade para inovar na ordem jurídica, quando, então, terão força de lei. Destarte, poderão ser objeto da fiscalização de constitucionalidade e passíveis de declaração de inconstitucionalidade.⁴⁷

Ademais, cumpre destacar que os atos de efeitos concretos, os atos anteriores à Constituição ou os já revogados e os que estão em processo de formação não são objetos do controle.

A norma apreciada no controle de constitucionalidade tem que ser dotada de generalidade e abstração, não possuindo objeto determinado nem destinatários certos. Dessa forma, leis e atos de efeitos concretos, isto é,

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 136. Do mesmo modo, Jorge Miranda defende que a relação entre o comportamento ou a norma e a Constituição há de ser direta: “Uma relação directa, porque se traduz numa infração directa de uma norma constitucional. Não basta que um acto (um tipo de acto) tenha o seu estatuto ou um aspecto principal da sua regulamentação na Constituição. É necessário ainda que o acto em concreto contradiga uma norma constitucional de fundo, de competência ou de forma; que contradiga essa norma, e não uma norma interposta, situada entre a Constituição e esse acto.” (MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 315). O STF também entende que não cabe ação direta contra norma que regulamenta lei, sob o fundamento de que se está diante de uma ilegalidade e não de uma inconstitucionalidade: “Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 68 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social aprovado pelo Decreto 2.172, de 05 de março de 1997. Pedido de liminar.

- Já se afirmou o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra norma reguladora de lei que é atacada por ir além do disposto na lei regulamentada ou contra ela, porquanto nesse caso se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

Ação de inconstitucionalidade não conhecida, ficando prejudicado o pedido de liminar.” (STF, ADIn n.º 1.866-1/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 29 out. 1998).

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 134.

medidas materialmente administrativas, não poderão ser impugnadas por meio da declaração de inconstitucionalidade.⁴⁸

O mesmo ocorre quanto aos atos anteriores à Constituição. Isto porque os atos normativos infraconstitucionais que contrariarem a Constituição superveniente não estarão afetados pelo vício de inconstitucionalidade, e sim automaticamente revogados, eis que não recepcionados pela nova Carta.⁴⁹

Diferente é a hipótese de se ter uma revisão constitucional que contrarie a própria Constituição, havendo aqui possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da emenda constitucional. Com efeito, afirma Jorge Miranda que “É possível inconstitucionalidade – e inconstitucionalidade material – por discrepância entre certas normas constitucionais e outras normas nascidas por virtude de revisão constitucional como constitucionais (ou com pretensão de serem). Não é possível, porém, inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.”⁵⁰

Já Luís Roberto Barroso acredita que, no tocante às emendas constitucionais, há possibilidade de fiscalização tanto formal quanto material.⁵¹

Por outro lado, quando um ato normativo for revogado, esta revogação ou o exaurimento dos efeitos do ato levam à perda do interesse processual em se prosseguir com a ação do controle. Os direitos afetados pela lei inconstitucional revogada poderão, no entanto, ser demandados em ação própria.⁵²

⁴⁸ Ibid. p.136.

⁴⁹ Ibid. p. 137.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 316.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 129.

⁵² Ibid. p. 137 e 138. Para Canotilho, o controle de constitucionalidade, a princípio, aprecia apenas normas existentes no ordenamento jurídico. Conseqüentemente, ficam fora do objeto do controle as normas já revogadas. Assevera o autor português que “Não se trata, porém, de uma regra absoluta, pois pode haver um *interesse jurídico relevante* na apreciação de **inconstitucionalidade de normas já revogadas**. Basta pensar nos diferentes efeitos de revogação de normas e da declaração de inconstitucionalidade. Aquela opera *pro futuro*, isto é, tem efeito *ex nunc*; esta tem efeitos retroativos, ou seja, produz efeitos *ex tunc*. Isto justificará, algumas vezes, a admissibilidade dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade de normas já revogadas, justamente para se destruírem os efeitos por ela produzidos até o momento da revogação.” Todavia, “Não deve recorrer-se à declaração de inconstitucionalidade sempre que os efeitos já produzidos sejam pouco relevantes ou possam ser eliminados recorrendo a outros meios ou remédios para a defesa de direitos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 946 e 947).

Por fim, não podem ser objeto de fiscalização da constitucionalidade projetos de lei ou atos normativos, uma vez que não há no direito brasileiro controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade.⁵³

Admite-se, porém, que o Poder Executivo e o Poder Legislativo auxiliem o controle de constitucionalidade, evitando que projetos de leis ou atos normativos inconstitucionais ingressem no mundo jurídico. Isto se dá pelo fato de que todos os poderes estão sujeitos ao princípio da supremacia da Constituição, cumprindo-lhes o papel de fiscalizar o cumprimento da Constituição, não obstante ser o controle de constitucionalidade brasileiro de caráter jurisdicional.

Nesse sentido, permite-se que o Presidente da República vete, no todo ou em parte, projeto de lei que julgue inconstitucional, consoante o artigo 66, § 1º, CF. No que toca ao Poder Legislativo, pode o parlamentar impetrar mandado de segurança com o objetivo de evitar que se delibere sobre emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea, na forma do artigo 60, § 4º, CF, bem como pode a Comissão de Constituição e Justiça (art. 58, CF) se manifestar acerca da constitucionalidade de propostas de emenda constitucional e projetos de lei, na forma dos regimentos das casas legislativas.

3.3. Espécies de inconstitucionalidade

Dentre as principais espécies de inconstitucionalidade pode-se destacar a inconstitucionalidade formal e material, por ação e omissão, total e parcial, originária e superveniente, direta e indireta.

Haverá *inconstitucionalidade formal* quando o ato normativo infraconstitucional for editado em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido pela Constituição, ao

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 139.

passo que a *inconstitucionalidade material* decorre da violação de norma substantiva da Constituição pelo conteúdo da norma ordinária.⁵⁴

Luís Roberto Barroso, Clèmerson Merlin Clève e Jorge Miranda dividem a inconstitucionalidade formal em duas sub-espécies, quais sejam: a *inconstitucionalidade orgânica*, que se traduz na inobservância das regras constitucionais de competência, e a *inconstitucionalidade formal propriamente dita*, que consiste na não obediência do processo legislativo fixado.⁵⁵

A inconstitucionalidade *por ação* ocorre quando os atos normativos infraconstitucionais são incompatíveis com a Constituição. Já a inconstitucionalidade *por omissão* consiste na inércia do Poder Legislativo em elaborar atos normativos exigidos pela Carta Maior. Destaque-se que a omissão que enseja o controle de constitucionalidade não é o simples descumprimento do dever geral de legislar, mas se abster o legislador de atuar quando assim determina expressamente a Constituição.⁵⁶

A inconstitucionalidade por *omissão* pode ser *total*, quando o legislador, tendo o dever constitucional de atuar, permanece inteiramente

⁵⁴ “Havendo contradição entre o conteúdo da norma e o conteúdo da Constituição, manifestar-se-á a inconstitucionalidade material. Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo constituinte à “liberdade de conformação do legislador”, tenha sido editada “não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrários àqueles”, ou, tendo sido editada para realizar finalidades apontadas pela Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável. Trata-se, no primeiro caso, da hipótese tratada como desvio ou excesso de poder legislativo; no segundo, manifesta-se ofensa ao princípio da razoabilidade dos atos do Poder Público, ...” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 36 e 37). No mesmo sentido, posiciona-se Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 29 e 30).

⁵⁵ Ibid. p. 25 e 26; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 31 e 32; MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 340.

⁵⁶ Destaca Clèmerson Merlin que podemos encontrar na Constituição três tipos de lacunas: “(i) lacunas não ofensivas do plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte (normas de eficácia limitada, basicamente) e que, sendo colmatáveis exclusivamente pelo Legislador, implicam um dever de legislar; (ii) lacunas não ofensivas do plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (trata-se do que a doutrina convencionou chamar de “silêncio eloqüente”), e (iii) lacunas ofensivas do plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio de mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (no Brasil: art. 4.º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Pois bem, apenas o primeiro tipo de lacuna é capaz de dar lugar, caso não cumprido pelo Legislador o dever constitucional de legislar, à inconstitucionalidade por omissão.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 42).

inerte, ou *parcial*, quando ele descumprir o comando constitucional apenas em relação a alguns de seus aspectos ou destinatários.⁵⁷

Há, por outro lado, a inconstitucionalidade *total*, que afeta toda a lei ou ato normativo impugnado, ou *parcial*, que recai sobre um ou vários dispositivos do diploma, ou, ainda, sobre uma fração dos mesmos (palavra, frase, trecho, parágrafo...).

Para Clèmerson Clève, desta distinção pode-se deduzir a *regra da parcelaridade dos atos normativos*. “Assim, não deverá ser declarada a inconstitucionalidade total de uma lei (no sentido material ou formal) caso apenas parte dela esteja maculada por vício ou vícios propiciadores de ilegitimidade constitucional.” Todavia, destaca o autor que não é possível declarar a inconstitucionalidade parcial quando esta redundar em nulidade total do ato. Nesse sentido, “A nulidade parcial implicará a nulidade total quando, em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conformes à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo (critério de dependência); além disso, haverá uma nulidade total quando o preceito inconstitucional fizer parte de uma regulamentação global à qual emprestava sentido e justificação (critério de interdependência).”⁵⁸

Entende a doutrina que, via de regra, a inconstitucionalidade formal será total, enquanto a inconstitucionalidade material poderá ser tanto total quanto parcial. No entanto, há exceções, como ocorre na hipótese em que uma lei ordinária apenas em um dos seus dispositivos invade o campo reservado à lei complementar, ou quando lei federal em um dos seus dispositivos invade campo de competência de Estado-Membro ou Município ou que somente poderiam ser votados em face de provocação do STF.⁵⁹

A inconstitucionalidade será *originária* quando a lei ou ato normativo, desde o momento de sua edição, viola a Constituição vigente.

⁵⁷ Jorge Miranda fala que “Quanto à inconstitucionalidade por omissão, é total aquela que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns de seus aspectos ou dos seus destinatários.” (MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 339). Do mesmo modo, Luís Roberto Barroso traz dois tipos de omissão parcial: a omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. “Diz-se que a omissão é relativa quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia.” Por outro lado, ter-se-ia a omissão parcial propriamente dita na hipótese em que o “...legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe era imposta. O exemplo típico no direito constitucional brasileiro tem sido a lei de fixação do salário mínimo, em valor que não satisfaz a exigência constitucional...” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 36 e 37).

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 37 a 39.

⁵⁹ Ibid. p. 38 e 39.

Será, ao revés, *superveniente* quando deixar de ser constitucional em virtude de uma emenda ou nova Constituição.⁶⁰

Cumpram-se, ainda, a inconstitucionalidade *direta*, que consiste na violação direta e imediata da Constituição por uma lei ou ato normativo. Em contraposição, temos a inconstitucionalidade *indireta* quando o ato viola uma lei que o pretendeu regulamentar antes de ofender a Constituição, hipótese em que haveria ilegalidade e indiretamente inconstitucionalidade.

⁶⁰ Nesse sentido, encontram-se Luís Roberto Barroso e Jorge Miranda. Barroso acrescenta, ainda, que “... não existe no direito brasileiro inconstitucionalidade formal superveniente: a lei anterior subsistirá validamente e passará a ter *status* da espécie normativa reservada pela nova norma constitucional para aquela matéria. Já a inconstitucionalidade material superveniente resolve-se em revogação da norma anterior, consoante orientação consolidada do Supremo Tribunal Federal.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 39; MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 340). Clèmerson Clève, por seu turno, ensina que a inconstitucionalidade superveniente se dá quando um ato deixa de ser constitucional em virtude de reforma constitucional, renovada interpretação do dispositivo constitucional ou mudança das circunstâncias fáticas. Ressalta, ademais, o autor que “No Brasil, a alteração da norma constitucional, decorrente de reforma constitucional (emenda ou revisão) ou de promulgação de nova Carta, implicará não a inconstitucionalidade superveniente da lei (material ou formal), mas sim a sua revogação. Entretanto, mesmo no Brasil, a alteração das circunstâncias fáticas (a Constituição interage com a realidade) e a mudança na interpretação constitucional, hipóteses de mutação constitucional, podem dar lugar ao surgimento de inconstitucionalidade superveniente.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 43 e 44). Daniel Sarmiento igualmente destaca que a inconstitucionalidade superveniente que decorre da incompatibilidade material com a nova Constituição ou com a reforma constitucional posterior não é admitida no Direito brasileiro, ao contrário da resultante de mudanças substanciais nas relações fáticas ou da interpretação evolutiva da Constituição, a qual é permitida. Para este autor, todavia, esta discussão perdeu relevância prática, na medida em que a Lei n.º 9.882/99, que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, permitiu, em seu artigo 1º, § 1º, inciso I, o controle abstrato de normas anteriores à Constituição (SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 118 e 119).

4. Existência, validade e eficácia dos atos normativos e das leis declarados inconstitucionais

A existência, a validade e a eficácia detêm significados distintos, apesar da sua conexão, sendo de suma importância a diferenciação entre estes institutos para que possam ser fixados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Um ato jurídico *existe* quando estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como suficientes para a sua incidência, tais como agente, objeto e forma, além dos elementos específicos que podem vir a ser exigidos de acordo com a categoria do ato.⁶¹

Já a *validade* diz respeito a elementos que o ato jurídico prescinde para se aperfeiçoar. Com efeito, afirma Barroso que “... se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *existente*. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*. A ausência de algum dos requisitos conduz à invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico, considerando a maior ou menor gravidade da violação, comina as sanções de nulidade e anulabilidade.”⁶²

Regina Ferrari, por sua vez, afirma que válida é a norma que foi elaborada conforme um procedimento estabelecido pelo sistema jurídico e, tendo em vista o escalonamento normativo, válida é a norma produzida em conformidade com a norma superior de tal sistema.⁶³

De fato, uma norma que viole a Constituição não é inexistente, e sim inválida. Isto porque ela chegou a ingressar no mundo jurídico no momento em que foi editada sob a forma de lei ou ato normativo, todavia, não pode subsistir por violar os preceitos constitucionais, hierarquicamente superiores.

Consoante Kelsen, “A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição”(anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de resistir na Constituição.”⁶⁴

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 12.

⁶² *Ibid.* p. 13.

⁶³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. Cit.*, p. 70.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 300.

Ademais, considerando que no Direito brasileiro não há controle preventivo da constitucionalidade, é preciso que a lei ou ato normativo exista para que tenha aptidão de violar a Constituição.

Não basta, entretanto, afirmar que os atos contrários à Constituição são inválidos, havendo que se indagar se o vício que deu causa a esta invalidade é sancionado com a nulidade ou com a anulabilidade, de acordo com a sua gravidade.

Expõe Canotilho que a *nulidade* ocorre quando o ato é intrinsecamente inválido, faltando-lhe elementos essenciais para a sua perfeição. Terá, por conseqüência, (i) carência, *ab initio*, de efeitos jurídicos, sem necessidade de impugnação prévia; (ii) invalidade imediata, *ipso jure*, do ato; (iii) impossibilidade de ser sanado ou confirmado; (iv) ineficácia do ato por si mesmo, sem necessidade de intervenção do juiz, o que não significa que não se possa pedir a declaração de nulidade, com a única finalidade de destruir a aparência do ato; (iv) pode ser declarada de ofício e em qualquer momento, não estando sujeita aos prazos de prescrição ou caducidade; e (v) caráter geral e *erga omnes*. “Por seu turno, a *anulabilidade* não toca nos elementos intrínsecos do acto, tendo efeitos menos rigorosos e mais limitados: tem de ser invocada pelo interessados dentro de um certo prazo, não operando *ipso jure* nem tendo eficácia geral.”⁶⁵

Reconhecida a invalidade da norma inconstitucional, passa-se, então, a um segundo momento, que é o da eficácia, eis que o entendimento pela nulidade ou anulabilidade do ato tem efeitos diversos e a eficácia é justamente a aptidão para produção de efeitos, irradiação das conseqüências que são próprias ao ato.⁶⁶

No Brasil, a norma inconstitucional é nula, e a decisão que declara tal inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, retroagindo para desconstituir os efeitos antes produzidos pela norma inconstitucional. Considera a doutrina que aplicar uma lei inconstitucional é negar a vigência da própria Constituição, devendo, portanto, este vício ser declarado desde a origem da norma.

Zeno Veloso sintetiza muito bem o raciocínio até aqui exposto: “... a lei inconstitucional existe, goza de presunção de legitimidade, conferida a todas as

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 950.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 13. Regina Ferrari entende que a eficácia tem dois sentidos: eficácia social, isto é, efetiva conduta social, e eficácia jurídica, que se refere à qualidade de produção de efeitos jurídicos, capacidade de produção de efeitos jurídicos (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 70).

normas, é eficaz, mas é inválida. A eficácia implica a exectoriedade. Porém, se a lei inconstitucional tiver reconhecida judicialmente sua inconstitucionalidade, a sentença fulmina-a desde o início, operando *ex tunc*. A dita lei que já era inválida, torna-se retroativamente ineficaz. E esta solução, sobretudo, é lógica. Ao se admitir algum efeito à lei inconstitucional, ela teria revogado a Constituição, o que é um absurdo e compromete toda a estrutura escalonada de nosso sistema jurídico.”⁶⁷

⁶⁷ VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 185.

5. Os modelos de controle de constitucionalidade e seus respectivos efeitos de declaração de inconstitucionalidade

Com o intuito de dissertamos acerca dos efeitos que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade, faz-se necessária uma breve análise dos modelos de controle de constitucionalidade existentes, já que a diferença entre os possíveis efeitos é consequência direta da sistemática e dos fundamentos de cada modelo.

Ademais, um estudo comparativo entre os sistemas de controle de constitucionalidade auxiliará a própria compreensão do modelo adotado pelo Brasil, já que o mesmo adotou diversas técnicas próprias dos sistemas de outros países.

5.1. Quem controla: órgão de controle

Quanto à *natureza* do órgão que efetua o controle de constitucionalidade, há dois grandes modelos: o político e o jurisdicional.

O *controle político* é aquele que é realizado por órgãos políticos⁶⁸ ou não-jurisdicionais.⁶⁹ O país destacado como tendo este tipo de controle é a França, razão pela qual a doutrina também se refere à denominação “sistema francês”.^{70 71}

Com efeito, na França o controle é exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, cuja organização revela o caráter eminentemente político do órgão. Ele é composto por nove membros, três dos quais nomeados pelo

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 897.

⁶⁹ Há autores que conceituam o controle político como sendo o controle exercido por órgão extrajudiciário, dentre eles, Clèmerson Merlin Clève, Mauro Cappelletti e Luís Roberto Barroso. Assevera Barroso que embora o modelo francês seja referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis, afigura-se mais apropriada a designação de controle não judicial (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 41; CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed., reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 26 e 29; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 47).

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 897; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 47.

⁷¹ Todavia, há outros exemplos de países que adotam ou adotaram o controle político, tais como México, União Soviética, consoante expõe Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 26, 27, 31 e 32).

Presidente da República, três, pelo Presidente da *Assemblée Nationale*, e três, pelo Presidente do *Sénat*, além dos ex-Presidentes da República, que são membros vitalícios de pleno direito do *Conseil*.⁷²

Destaque-se que a adoção de um controle dessa natureza pela França decorre de razões históricas, vez que experimentaram os franceses um período de abusos cometidos pelo Poder Judiciário. Os juízes freqüentemente invadiam as esferas dos outros poderes, o que fez com que o princípio da separação dos poderes fosse interpretado de forma radical após a Revolução de 1789. Acrescentam-se às razões históricas outras de caráter ideológico, como as concepções de *Montesquieu* sobre a separação dos poderes e as de *Rousseau* acerca da direta manifestação da soberania popular, ambas resultando na idéia de que os atos das assembleias parlamentares, representativas da soberania nacional, não poderiam ser controlados por juízes. Por fim, existiram, ainda, razões de ordem prática, já que prevaleceu na França a exigência de uma tutela contra as ilegalidades e abuso do poder executivo, bem como do poder judiciário, mas não contra os excessos do legislativo.⁷³

Dessa forma, pode-se dizer que, do mesmo modo que na Inglaterra, vigora na França o princípio da supremacia do Parlamento e a conseqüente inexistência de um controle jurisdicional.

O *controle jurisdicional* consiste no controle exercido por um ou mais órgãos jurisdicionais. Foi consolidado, pela primeira vez, nos Estados Unidos a partir da famosa decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, e expandiu-se para inúmeros países, sobretudo após a 2^a

⁷² Ibid. p. 27, 28 e 29. Esta composição se encontra no artigo 56 da Constituição francesa de 1958, *in verbis*: “Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République.

Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage.” (Disponível em <<http://www.confinder.richmond.edu>>. Acesso em 29 out. 2005).

⁷³ Ibid. p. 94 a 99. No mesmo sentido, Clèmerson Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 47 a 50).

Guerra Mundial com a criação dos tribunais constitucionais.^{74 75} Tem como fundamento o princípio da supremacia da Constituição, cabendo, portanto, aos juízes e tribunais, diante de uma situação de confronto entre a Carta Magna e uma lei ordinária, optarem pela primeira.

Entendem os defensores do modelo jurisdicional que caso o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao legislativo, e não ao judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente⁷⁶, assim como tornaria o próprio controle ineficaz.⁷⁷

Tecnicamente, não é correto afirmar que o controle político de constitucionalidade das leis é exercido pelo Poder Legislativo. Na verdade, tal controle é realizado por um órgão cuja composição é feita por critérios políticos, como a nomeação pelo Poder Executivo e/ou pelo Poder Legislativo, e que, ademais, não pertence ao Poder Judiciário. No Brasil, a título de exemplo, o controle é jurisdicional, não obstante os membros do

⁷⁴ “*Mabury v. Madison*, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe convenham.” Mas houve precedentes identificáveis desde a Antiguidade e mesmo nos Estados Unidos, no período colonial, com base no direito inglês, ou em cortes federais inferiores e estaduais. “Além disso, no plano teórico, Alexander Hamilton, no *Federalista* n.º 78, havia exposto analiticamente a tese, em 1788. Nada obstante, foi com *Marbury v. Madison* que ela ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos.” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 5, 6 e 10). Cappelletti confirma que a idéia do controle jurisdicional foi posta em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos, no entanto, explica que já no Direito ateniense havia uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis (*nómos*) – que em terminologia moderna poderíamos chamar de leis “constitucionais” ou “fundamentais” – em relação às outras leis (*pséfisma*) que poderíamos chamar de “ordinárias” (CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 46 a 51).

⁷⁵ Ensina Cappelletti que um dos fatores que diretamente influenciaram o nascimento e desenvolvimento do sistema norte-americano da *judicial review* e, portanto, a supremacia do poder judiciário foi o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento. Clèmerson Clève, inclusive, sintetiza muito bem esta tese: “O Estados Unidos incorporaram a doutrina, desenvolvida por Sir Edward Coke, que atribuía aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis, negando, se fosse o caso, aplicação àquelas que ferissem a *common law*. Esse tipo de raciocínio foi transferido para o campo constitucional. No período colonial, os juízes muitas vezes negaram aplicação ao direito local não compatível com as Cartas que a metrópole outorgara a cada uma das colônias. A doutrina da supremacia da *common law*, repudiada na Inglaterra depois de 1688, mas incorporada à tradição jurídica americana e somada à prática judicial experimentada antes da independência, ofereceu terreno apropriado para o desenvolvimento da *judicial review*.” (Ibid. p. 57 a 63; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 51).

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 42 e 43.

⁷⁷ Celso Ribeiro Bastos alega que “A acumulação em um mesmo organismo das funções de, por um lado, fazer leis em cumprimento ao disposto na Carta Magna e, de outro, dizer em última instância se a lei elaborada está, ou não, afinada com o Código Supremo, nulifica, despe de eficácia o mecanismo controlador.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit.*, p. 405).

Supremo Tribunal Federal serem nomeados pelo Presidente da República após indicação do Senado Federal, na forma do artigo 101 da CF. O mesmo ocorre com Suprema Corte americana, em que os juízes são nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos com a aprovação e o consenso do Senado, apesar de o controle ser jurisdicional.⁷⁸

O controle jurisdicional subdivide-se em controle difuso ou americano e em controle concentrado ou austríaco, de acordo com o *órgão judicial* que exerce a fiscalização.

No *controle difuso*, também chamado de *americano* em função da sua origem, a competência para fiscalizar a constitucionalidade é reconhecida a todo e qualquer juiz ou tribunal no curso de uma demanda.⁷⁹

Já no *controle concentrado* a competência é atribuída a um único órgão ou a poucos órgãos, com exclusão de quaisquer outros, criado especialmente para este fim ou sendo órgão da jurisdição ordinária com esta função. Foi instituído primeiramente pela Constituição da Áustria de 1920, razão pela qual os autores também se referem a ele como *controle austríaco*.^{80 81}

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 93.

⁷⁹ Para Cappelletti, os inconvenientes do sistema difuso são os possíveis conflitos entre os órgãos jurisdicionais, que gerariam uma incerteza quanto ao direito, bem como a necessidade de que, mesmo após uma ou mais não aplicações de uma lei pelos juízes, qualquer interessado ter que propor nova demanda para aplicação da mesma lei ao seu caso. Todavia, esclarece o autor que tal inconveniente é solucionado no sistema americano pelo princípio do *stare decisis* por força do qual “a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction”. “O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema de impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários.” (Ibid. p. 76 a 81).

⁸⁰ Para Canotilho, “À idéia de um controlo concentrado está ligado o nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controlo constitucional não é propriamente uma *fiscalização judicial*, mas uma *função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa*. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 898 e 899).

⁸¹ Cappelletti elenca duas razões para o controle ser concentrado na Áustria e em outros países europeus: (i) a inexistência do princípio do *stare decisis* em seus sistemas judiciais, eis que este aspecto somado à presença do controle difuso traria graves problemas, tais como decisões judiciais contraditórias e a necessidade de sempre se ter que propor nova demanda para ver afastada uma lei

5.2. Como se controla: modo de controle

Quanto ao modo ou à forma, o controle pode ser por via incidental ou principal, tendo o primeiro sua origem no direito norte-americano e o segundo no direito austríaco.

No *controle por via incidental*, a questão constitucional é levantada, por via de incidente, por ocasião e no decurso de um processo comum, e é discutida na medida em que seja relevante para solução do caso concreto.⁸² Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “Técnicamente, a questão constitucional figura como *questão prejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio.”⁸³

Tal controle normalmente é associado ao controle difuso, mas com ele não se confunde, posto que um diz respeito ao modo de exercício do controle e o outro ao órgão que efetua o mesmo.⁸⁴ No Brasil, no entanto,

inconstitucional; (ii) a existência de magistratura de carreira para composição dos tribunais, posto que, ao contrário da *Supreme Court* e das *Federal Courts* americanas em que os juízes são nomeados *ad hoc* pelo Presidente dos Estados Unidos, os juízes das Cortes ordinárias europeias são magistrados de carreira. Nesse particular, explica o autor que as normas das Constituições modernas são algo profundamente diverso das usuais normas de lei, que os juízes das Cortes Supremas europeias estão habituados a interpretar, observar e fazer observar. As Constituições modernas não se limitam a dizer estaticamente o direito, mas impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Contêm a indicação daqueles valores que são supremos, as *rationes* da atividade futura do Estado e da sociedade. Dessa forma, a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade discricionária e, *lato sensu*, equitativa, aproximando-se mais de uma atividade do legislador e do homem de governo que da atividade dos juízes comuns. (CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 78 a 90). Luís Roberto Barroso adota o mesmo entendimento (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 46 e 47).

⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p. 899; CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 102 e 103.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 48.

⁸⁴ Nesse sentido, esclarece Canotilho que “Este controlo anda geralmente associado ao controlo difuso. O incidente da inconstitucionalidade pode suscitar-se em qualquer tribunal para efeitos de *desaplicação* da norma inconstitucional ao caso concreto. Mas é incorrecto dizer-se hoje que o controlo por via incidental se identifica com o controlo difuso. Como irá ver-se, em Portugal, o controlo difuso pode conduzir-se a um controlo concentrado através do Tribunal Constitucional. Noutros sistemas, o controlo concentrado pressupõe também o incidente da inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controlo difuso) se limite, como tribunal *a quo*, a suspender a acção fazendo subir a questão da inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional (ex.: sistema alemão, sistema italiano).” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 899). Clêve, por sua vez, afirma que, no Brasil, há correspondência entre a fiscalização difusa e a incidental, bem como entre a fiscalização concentrada e a principal. “Mas esta correspondência não é verdadeira em outros sistemas. Na Áustria, na Alemanha, na Itália e na Espanha a questão de constitucionalidade suscitada por via incidental (de defesa ou exceção) conduz a uma fiscalização concentrada. Com efeito, nesses países, uma vez suscitada a questão de constitucionalidade cabe ao juiz ou tribunal a

eles se superpõem, salvo no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental através da qual é possível ter-se um controle incidental concentrado.⁸⁵

Cumprido ressaltar que o controle por via incidental também recebe a denominação de *controle por via de exceção ou defesa*, já que a inconstitucionalidade é normalmente invocada pela parte demandada, de forma a escusar-se do cumprimento da norma. Não obstante essa nomenclatura, o autor da demanda também pode suscitar a inconstitucionalidade, notadamente em mandados de segurança.⁸⁶

No *controle por via principal* ou *ação direta*, ao contrário, a fiscalização é exercida, a título principal, mediante processo constitucional autônomo, junto a um tribunal com competência para julgar a desconformidade entre os atos públicos e a Constituição.⁸⁷

De fato, destaca Cappelletti que “... ele, por conseguinte, em vez de poder ser exercido, como na América, tão-só “em via incidental”, isto é, (como, também, com certa impropriedade se diz) “em via de exceção”, devia ser exercido, na Áustria, sempre “em via principal”, ou seja, “em via de ação”, mediante um adequado e autônomo recurso e com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional.”⁸⁸

Como no controle por via principal não há lide nem partes, estabelece-se um rol limitado de legitimados para questionarem a constitucionalidade através dessa ação especial.

Cumprido esclarecer, ademais, que o controle por via principal não coincide necessariamente com o controle abstrato, tampouco o controle incidental coincide sempre com o concreto. Com efeito, a fiscalização por via principal, suscitada por meio de uma ação autônoma, tanto pode reconduzir-se a um controle abstrato de leis ou atos normativos quanto a uma garantia concreta de direitos fundamentais. Este último caso é

quo, em geral, não mais do que suspender o feito para aguardar a decisão da Corte Constitucional sobre a referida questão.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 61).

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 48 e 49.

⁸⁶ *Ibid.* p. 48.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 900.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 104 e 105.

observado na *Verfassungsbeschwerd* alemã (ação constitucional de defesa) e no recurso de amparo mexicano e espanhol.⁸⁹

Clèmerson Clève destaca, todavia, que a correspondência entre estes controles ocorre no Brasil, com exceção da ação interventiva em que se tem um controle por via principal e concreto.⁹⁰

Controle abstrato, consoante Canotilho, não é um processo contraditório entre as partes, e sim um processo que visa, sobretudo, a defesa da Constituição e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de atos normativos contrários à Constituição. É um processo objetivo cujo controle é reservado a um número restrito de entidades.⁹¹

Por outro lado, o *controle concreto* constitui a fiscalização da constitucionalidade exercida nas demandas submetidas pelas partes ao crivo do judiciário. De fato, afirma o citado autor que “Trata-se aqui de dar operatividade prática à idéia da *judicial review* americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas.”⁹²

5.3. Quando se controla: momento do exercício do controle

Quanto ao momento em que é exercido, o controle de constitucionalidade subdivide-se em preventivo e repressivo.

O *controle preventivo* ou *a priori* é realizado antes do projeto de lei ser convertido em lei, com o objetivo de evitar que um ato inconstitucional entre em vigor.

Não há declaração de nulidade, posto que ainda não se tem uma lei, mas uma apreciação pelo próprio legislativo das potenciais inconstitucionalidades.

Na França, só é permitido este tipo de controle, não sendo possível a fiscalização da constitucionalidade de leis já promulgadas. Para algumas leis ditas orgânicas (cuidam, grosso modo, da organização dos poderes

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 900. O mesmo entendimento é adotado por Clèmerson Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin Clève. Op. Cit., p. 61).

⁹⁰ Ibid. p. 61. No mesmo sentido, encontra-se Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 49 e 50).

⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 900 e 901.

⁹² Ibid. p. 900 e 901.

públicos) o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é, inclusive, obrigatório, equivalendo, para Cappelletti, neste caso, mais a uma fase do processo de formação da lei que a um verdadeiro controle.⁹³

Ao revés, o *controle repressivo, sucessivo ou a posteriori* é aquele realizado quando a lei já entrou em vigor, tendo ela passado por todas as fases do processo legislativo.

5.4. Efeitos do controle de constitucionalidade

Conforme exposto, os efeitos do controle de constitucionalidade decorrem da sistemática e fundamentos da modalidade de fiscalização adotada, diferenciando-se também nesse aspecto o sistema austríaco do americano.

No *sistema austríaco* em que o controle da constitucionalidade foi desenvolvido por Kelsen, a norma considerada inconstitucional pelo órgão judiciário competente, Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), é anulada, subsistindo como válida, entretanto, até o momento em que é proferida a sentença anulatória. Dessa forma, quanto aos efeitos temporais, a decisão da Corte Constitucional tem caráter constitutivo e produz efeitos *ex nunc*.

De fato, ensina Kelsen que não pode haver algo com a nulidade, podendo uma norma pertencente a uma ordem jurídica somente ser anulável. “Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual a norma é criada, uma norma. (...) Mesmo dentro de uma ordem jurídica estadual relativamente centralizada não pode excluir-se que qualquer indivíduo considere como “nulo” algo que subjetivamente se apresenta como norma jurídica. Este indivíduo, porém, apenas pode fazer isso a seu próprio risco, quer dizer, com o risco de que aquilo que ele considera nulo seja declarado pelo órgão competente como uma norma jurídica válida e, portanto, seja ordenada a execução da sanção estatuída nesta norma jurídica.”⁹⁴

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 28 e 29.

⁹⁴ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 306 e 307.

Destaque-se que o efeito *ex nunc* pode ser excepcionado pela Corte Constitucional austríaca, detendo esta o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere efeitos a partir de uma determinada data posterior à publicação de seu pronunciamento, desde que tal diferimento de eficácia não exceda o prazo de um ano.⁹⁵

Além disso, a partir da reforma da Constituição austríaca, em 1929, acrescentou-se ao controle abstrato o controle concreto de normas, reconhecendo-se, neste último caso, o efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Fez-se necessário atenuar a lógica da irretroatividade, conferindo efeitos *ex tunc* à decisão no controle concreto, para se evitar o paradoxo de o pronunciamento da Corte Constitucional não alcançar os próprios atos objeto de impugnação.⁹⁶

Nesse particular, Daniel Sarmento sintetiza muito bem tais peculiaridades do sistema austríaco, concluindo que “Na Áustria o controle de constitucionalidade é sempre concentrado, exercido por um Tribunal Constitucional, podendo ser abstrato (através de ações diretas) ou concreto (através do recurso constitucional, ou da apreciação de questão constitucional suscitada em processos judiciais pelos tribunais de 2º grau de jurisdição). No primeiro caso, as decisões possuem eficácia *ex nunc*. No segundo, os efeitos da invalidação da norma são retroativos para as partes do processo, mas a eficácia da decisão, para terceiros, é também *ex nunc*.”⁹⁷

No *sistema americano* a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula e, conseqüentemente, ineficaz desde a sua origem. Assim, a sentença que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza declaratória e opera efeitos retroativos, eis que declara uma nulidade pré-existente à decisão.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 116.

⁹⁶ Ibid. p. 121 e 122. No mesmo sentido, Clèmerson Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 55). Esclarece Cappelletti que, no sistema austríaco, os juízes não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais, tampouco podiam pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. Prevalencia o controle concentrado que só poderia ser suscitado por órgãos políticos. Após a revisão da Constituição de 1929, permitiu-se que dois órgãos judiciários ordinários (a Corte Suprema para as causas civis e penais – *Oberster Gerichtshof* – e a Corte Suprema para as causas administrativas – *Verwaltungsgerichtshof*) argüissem perante a Corte Constitucional austríaca a questão de constitucionalidade, mas só em via incidental. (CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 105 e 106). Clèmerson Clève resume esta ordem de idéias e afirma que o controle concreto que passou a ser admitido na Áustria apenas poderia ser suscitado por órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária não caberia mais do que aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairassem dúvidas quanto à sua compatibilidade com a Constituição. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 55).

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 107.

Entretanto, assevera Cappelletti que “... em matéria penal, as Cortes americanas têm sempre considerado – e agora a lei alemã e a italiana expressamente dispõem – que, sem embargo do trânsito em julgado a sentença penal condenatória, ninguém deva ser obrigado a cumprir uma pena que tenha sido imposta com fundamento em uma lei posteriormente declarada inconstitucional. Em matéria civil, ao invés, e, às vezes, também em matéria administrativa, se tem preferido respeitar certos “efeitos consolidados” (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada) produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em consideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas.”⁹⁸

Com efeito, a partir de 1965, após o julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, a tese da retroatividade começou a ser flexibilizada pela Suprema Corte americana.

Linkletter havia sido criminalmente condenado com base em provas ilícitas, e, após a sua condenação definitiva, a Suprema Corte, no caso *Mapp v. Ohio*, passara a vedar o uso de provas ilícitas. Assim, Linkletter pediu à Corte que revisasse sua condenação, mas esta lhe negou o pedido sob o fundamento de que “*the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect*”.⁹⁹

Explica Carlos Roberto Siqueira Castro que “... a Suprema Corte estaduniense, ao julgar o caso *Linkletter v. Walker*, no ano de 1965, que mantém-se até os dias presentes como o *leading case* na matéria, proclamou o entendimento de que a questão da *retroatividade* ou *prospectividade* dos efeitos da declaração judicial respeitante à inconstitucionalidade de uma lei não expressa diretriz constitucional. Tal significa dizer, em síntese, que a natureza dos efeitos da decisão judicial (*ex tunc* ou *ex nunc*), não emerge de princípio ou preceito sediado na Constituição, configurando, isto sim, uma questão de *política judicial* (*judicial policy*), desse modo sujeita a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto, segundo as multivariáveis hipóteses em que são ministrados, na via da jurisdição, os valores da justiça constitucional.”¹⁰⁰

No que tange aos efeitos subjetivos, no *sistema austríaco*, a anulação opera efeitos *erga omnes*. De fato, explica o Cappelletti que a lei, “... uma vez sobrevindo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido ab-rogada por uma lei posterior; e entram, de novo, em vigor – salvo se em sentido contrário dispuser a Corte Constitucional – aquelas disposições legislativas que pré-existiam à lei inconstitucional.”¹⁰¹

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 124.

⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 112.

¹⁰⁰ CASTRO, Carlos Roberto. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis n^{os} 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 58 e 59.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 118.

Ao contrário, no *sistema americano*, em que o controle é efetuado de forma difusa e concreta, o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto, vale dizer, a decisão opera eficácia *inter partes*. Todavia, esta característica é eliminada caso a questão chegue à Suprema Corte americana, em virtude do princípio do *stare decisis*.¹⁰²

Vê-se, dessa forma, que, não obstante as técnicas divergentes de controle de cada sistema normativo, caminham estes para uma atenuação de seus postulados. O sistema austríaco flexibilizou o rigor da tese dos efeitos *ex nunc* da decisão que anula a lei inconstitucional, de modo a admitir também efeitos *ex tunc* e *pro futuro*. O sistema americano, por sua vez, através do princípio do *stare decisis*, aproxima-se do sistema austríaco cujo pilar é o controle concentrado de efeito *erga omnes*. Por fim, a doutrina norte-americana de nulidade dos atos normativos inconstitucionais também vem sendo mitigada, admitindo a jurisprudência, excepcionalmente, a possibilidade de irretroatividade da declaração de inconstitucionalidade.

Acrescente-se, ademais, que os sistemas de controle dos outros países, dentre eles o Brasil, os quais derivaram, via de regra, de um destes dois grandes sistemas, não os adotaram de forma pura, mas, ao revés, realizaram misturas das técnicas existentes em ambos, misturas essas que a própria experiência jurídica revelou serem necessárias, na tentativa de evitar decisões que conflitem com outros princípios constitucionais, basilares de qualquer sistema jurídico, quais sejam: segurança jurídica, boa-fé e coisa julgada.

Na Itália e na Alemanha, por exemplo, as sentenças das Cortes Constitucionais que declaram a inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes*, bem como os três tipos de eficácia temporal: *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*.¹⁰³

Na Alemanha, consoante Gilmar Ferreira Mendes, “A lei inconstitucional é considerada nula *ipso jure*. A concepção tradicional

¹⁰² Ibid. p. 118.

¹⁰³ Ibid. p. 119.

considera que a lei inconstitucional é nula *ab initio (ex tunc)*". Esse entendimento, todavia, não decorre de expressão inequívoca da Lei Fundamental nem da Lei orgânica da Corte Constitucional, mas é sustentado pela doutrina dominante com base no princípio da supremacia da Constituição.¹⁰⁴

Mas além da declaração de nulidade, há no Direito alemão a técnica da interpretação conforme à Constituição, que tem lugar sempre que determinada lei ofereça oportunidade para diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas incompatíveis com a Constituição.¹⁰⁵ Existe com fundamento no princípio da unidade da ordem jurídica e na presunção de constitucionalidade das leis. Por outro lado, "Esse princípio de conservação da norma jurídica deixa-se fundamentar não apenas sob o ponto de vista da segurança jurídica e da presunção de um funcionamento regular da atividade legislativa, mas também mediante o reconhecimento da supremacia do legislador na concretização e realização da Constituição."¹⁰⁶

Ademais, "Às vezes, reconhece o Tribunal que a situação é *ainda constitucional* ou não é *ainda inconstitucional* e vincula essa decisão com o "apelo ao legislador" para que, dentro de um determinado prazo, proceda à correção dessa situação. Em outros casos, limita-se o Tribunal a reconhecer a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade."¹⁰⁷

Da declaração de nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional deveria decorrer a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela. Porém, contra a sentença penal condenatória transitada em julgado, fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, admite-se a propositura da revisão criminal. No mais, subsistem as decisões não mais suscetíveis de impugnação. Acentue-se que a execução das decisões fundadas em lei inconstitucional afigura-se ilegítima, podendo ser embargada.¹⁰⁸

Na Itália, a retroatividade encontra limites nos efeitos já consumados e consolidados da norma inconstitucional, produzidos antes da decisão, e, ademais, na prescrição e na decadência. Por outro lado, o Tribunal

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 198.

¹⁰⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 175.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. p. 231 e 231.

¹⁰⁷ Ibid. p. 196.

¹⁰⁸ Ibid. p. 200 e 201.

Constitucional italiano, por vezes, protela a publicação da decisão para dar tempo ao legislador de criar uma nova disciplina jurídica sobre a matéria.¹⁰⁹

Em Portugal, o efeito da declaração de inconstitucionalidade em fiscalização abstrata é retroativo, no entanto, vigora o princípio da intangibilidade do caso julgado. Assim, a inconstitucionalidade não perturba, através de sua eficácia retroativa, as relações já consolidadas pelo trânsito em julgado.¹¹⁰

Este princípio, por seu turno, sofre limitações, de modo que a declaração de inconstitucionalidade retroaja, mesmo em casos julgados, se da revisão retroativa das decisões transitadas em julgado resultar um regime mais favorável aos cidadãos condenados por ilícito criminal, disciplinar ou contra-ordenacional.¹¹¹

Além disso, a Constituição portuguesa autoriza a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dando ao Tribunal Constitucional poderes para manipular os efeitos das sentenças que declaram a inconstitucionalidade, quando poderão ter lugar o efeito *pro nunc*, não repristinatório, a nulidade parcial e o apelo ao legislador.¹¹²

No que tange às partes, no controle abstrato a eficácia será *erga omnes*, ao contrário do que ocorre no controle concreto, quando a eficácia será *inter partes*.¹¹³

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 111.

¹¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 1013 e 1014.

¹¹¹ Ibid. p. 1015 e 1016.

¹¹² Ibid. p. 1017 e 1018.

¹¹³ Ibid. p. 999 e 1000.

6. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle por via de ação direta no Brasil

O Direito pátrio filiou-se ao modelo de controle norte-americano da *judicial review*, prevalecendo o entendimento de que a lei ou ato normativo declarado inconstitucional é nulo *ab initio*, sendo a decisão que reconhece tal inconstitucionalidade de natureza declarativa e com efeitos *ex tunc*.

Nesse sentido, ensina Carlos Roberto Siqueira Castro que “Entre nós brasileiros, a tradição amplamente majoritária na perspectiva tanto da doutrina quanto da jurisprudência, tem sido a de honrar o modelo de controle de constitucionalidade das leis cunhado pelo Constituinte de 1891, a sua vez haurido no assim chamado controle jurisdicional *difuso*, de que foi protótipo inspirador a *judicial review* norte-americana. Este paradigma, como se sabe, ao tempo da promulgação de nossa primeira Constituição republicana, ainda encampava a teorização ortodoxa que avistava *nulidade absoluta e ineficácia plena* na lei incondizente com a Constituição. Fazia-o na trilha do raciocínio articulado pelo *Chief Justice Marshall* no caso *Marbury vs. Madison*, no ano de 1803, (...). Para essa festejada visão, que até hoje é determinante para o direito público brasileiro, a lei inconstitucional configura genuína *contradicto in terminis*, na medida em que falta-lhe o fundamento de validade corporificado no estatuto que ocupa a presidência do sistema jurídico, este informado, desse modo, pelo princípio da hierarquia e rigidez.”¹¹⁴

Luís Roberto Barroso, por seu turno, afirma que “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a da nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. Tal doutrina vem proclamada no *Federalista* e foi acolhida por Marshall, em *Marbury v. Madison*: ...”¹¹⁵

Para Alexandre de Moraes, igualmente, “Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que *os atos inconstitucionais são nulos* e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*).”¹¹⁶

Zeno Veloso assevera, conforme já exposto, que “... a lei inconstitucional existe, goza da presunção de legitimidade, conferida a todas as normas, é eficaz, mas inválida. A eficácia implicaria a executoriedade. Porém, se a lei inconstitucional tiver reconhecida judicialmente sua inconstitucionalidade, a sentença fulmina-a desde o início, operando *ex tunc*. A dita lei, que já era inválida, torna-se retroativamente ineficaz. E esta solução, sobretudo, é lógica. Ao se admitir algum efeito à lei declarada inconstitucional, ela teria revogado a Constituição, o que é um absurdo e compromete toda a estrutura escalonada do nosso sistema jurídico.”¹¹⁷

¹¹⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. Cit., p. 48.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 15.

¹¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 677.

¹¹⁷ VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 185.

Com efeito, permitir que uma lei inconstitucional possa produzir algum efeito jurídico equivale a postergar a Constituição, admitindo a sua suspensão durante o lapso temporal em que norma inconstitucional vigorou. Assim, em um ordenamento jurídico regido pelo princípio da supremacia da Constituição, outra não pode ser a sanção ao vício de inconstitucionalidade que não a nulidade *ab initio* da lei confrontante com a Carta Magna.

A Constituição brasileira, todavia, não traz dispositivo expresso acerca dos efeitos do controle de constitucionalidade, assumindo o vício de nulidade da norma inconstitucional a configuração de um princípio constitucional implícito.¹¹⁸

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a nulidade *ipso jure e ex tunc* da lei inconstitucional tem fundamento na Constituição. O poder de qualquer juiz ou Tribunal de negar aplicação à lei inconstitucional (CF, arts. 97 e 102, III, a, b e c), bem como a faculdade concedida ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional, assegurando-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, a), demonstram que o Constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional.¹¹⁹

Ademais, consoante Clèmerson Clève, “... apenas a nulidade, e não a anulabilidade, pode autorizar a recusa, pelo Poder Público, embora sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário, de cumprimento de lei ou atos reputados inconstitucionais. Cuidasse, o inquinado, de ato anulável, então seria de observância obrigatória até o pronunciamento do órgão jurisdicional competente, desposuindo o Executivo qualquer fundamento para repudiar a lei.”¹²⁰

Nesse particular, discute-se se a partir da Constituição de 1988, quando o Presidente da República e os Governadores dos estados e do Distrito Federal passaram a dispor de legitimidade para a pronúncia da ação direta com pedido liminar, pode o Executivo ainda se recusar a cumprir lei ou ato normativo. Ocorre que sob este raciocínio os Prefeitos municipais, que não detêm legitimidade para propor a ação direta, teriam mais poder

¹¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 164 e 165; SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p.101 e 102.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. p. 264.

¹²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 164 e 165.

que o Presidente da República e que os Governadores dos estados, por poderem descumprir norma que entendem inconstitucionais, ao contrário dos últimos. Assim, para Clève, o STF deve manter o entendimento anterior, inclusive porque todos os Poderes da República são guardiões da Constituição (art. 23, I, CF).¹²¹

Regina Maria Ferrari, entretanto, entende que, não obstante a opinião dominante que aceita que o Executivo e o próprio particular possam recusar o cumprimento de leis inconstitucionais, a invalidade propriamente dita só terá lugar após o seu reconhecimento pelo órgão com competência para efetuar o controle de constitucionalidade da norma inferior, o que leva a afirmar que o ato da anulação efetuado em esfera dos outros poderes do Estado está sujeito à fiscalização jurisdicional e somente esta decisão é que terá força normativa. Dessa forma, devem ser considerados válidos e com capacidade de produção de efeitos até e enquanto não houver tal decisão que fulmine a inconstitucionalidade, não havendo, pois, incompatibilidade entre a possibilidade de recusa da aplicação da lei inconstitucional e a tese da anulabilidade.¹²²

Do ponto de vista lógico, a tese que prega a nulidade *ab initio* é irrefutável, posto que reconhecer a validade dos efeitos da lei pronunciada inconstitucional significaria negar aplicação à Carta Magna. Na prática, todavia, o dogma da nulidade das leis inconstitucionais pode dar ensejo a situações de insegurança jurídica, sobretudo para aqueles que pautaram suas ações na lei inconstitucional, mesmo porque esta lei gozava de presunção de constitucionalidade até a sentença que reconheceu a sua incompatibilidade com a Lei Maior.

Por esta razão é que há na doutrina aqueles que defendem a anulabilidade da lei ou ato normativo inconstitucional, tese cujo precursor foi Hans Kelsen.

Consoante o brilhante autor, “... dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode

¹²¹ Ibid. p. 165 e 166.

¹²² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 160 e 161.

ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*).”¹²³

Na doutrina brasileira, tal posicionamento foi seguido por Regina Maria Ferrari, a qual conclui que “... a norma inconstitucional é anulável e que os atos praticados sob o império dessa lei devem ser considerados válidos, até e enquanto não haja a decisão que a fulmine com tal vício, operando eficaz e normalmente como qualquer outra disposição válida, já que o é até a decretação de inconstitucionalidade. Dentro deste posicionamento, consideramos que a sentença que declara a inconstitucionalidade é constitutiva, pois esta, embora visando à criação, alteração ou extinção de um direito, traz a certeza do mesmo e, a partir daí a mudança de um estado. Como já salientamos, contudo, não é certo dizer que com ela serão criados direitos, estados ou situações jurídicas que antes não existiam, pois, na verdade, o que acontece é que o direito à mudança ou à modificação existia antes do processo e a sentença apenas fez atuar o direito, instituindo a mudança como e nos limites da lei, a partir dessa data.”¹²⁴

Acrescenta a referida autora que afirmar que a norma inconstitucional opera normal e eficazmente não significa privar a Constituição de uma parte de sua eficácia em benefício de leis ordinárias. Ao revés, admitir normas contrárias à Lei Maior é decorrência da aceitação de que a própria Constituição prevê a existência de tais normas, determinando o modo de combatê-las, através de um processo próprio. O que não se pode aceitar é que, após o reconhecimento do vício por órgão competente, tal norma continue a existir, pois, em um sistema escalonado entre duas normas de níveis diferentes resolve-se prevalência da superior, *in casu*, a Constituição.¹²⁵

Importa destacar que ao pregar a anulabilidade da lei inconstitucional a professora Regina Maria Ferrari não o faz de forma absoluta, admitindo, à semelhança de Kelsen, que sejam excepcionalmente reconhecidos efeitos retroativos à sentença que pronunciou a inconstitucionalidade

¹²³ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 306 e 307.

¹²⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 172 e 173.

¹²⁵ Ibid. p. 173 e 174.

“O fato de ser a lei ou ato normativo inconstitucional simplesmente anulável não quer dizer que não possamos admitir a anulabilidade com força retroativa. Sendo assim, aceitamos o caráter constitutivo da sentença que reconhece a inconstitucionalidade, mas o fato de a invalidade da lei defluir de uma decisão desta espécie não significa que julgamos que os efeitos daí decorrentes possam existir somente após a data da sentença, o que, apesar de ser a regra, não pode ser levada em termos absolutos.”¹²⁶

No Supremo Tribunal Federal, houve uma tentativa de adoção da teoria da anulabilidade, como consta do célebre acórdão do Ministro Leitão de Abreu, *in verbis*:

“Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o “Corpus Juris Secundum”, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. 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.”¹²⁷

No entanto, este entendimento não sensibilizou o Pretório Excelso, que continuou a perfilhar a tradicional teoria da nulidade *ipso iure* das leis inconstitucionais

“O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica, consagra a supremacia da Constituição (José Afonso da Silva, “Aplicabilidade das normas constitucionais”, p. 202/204, 1968, RT). Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestido de **menor** grau de

¹²⁶ Ibid. p. 270.

¹²⁷ STF, RE n.º 79.343/BA, Rel. Ministro Leitão de Abreu, Brasília, 31 mai. 1977.

positividade jurídica guardem, **necessariamente**, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade.

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

Esse tem sido o entendimento doutrinário compatível com o sentido das Constituições rígidas, tal como a que hoje vigora no Brasil. E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério, de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama – a partir de sua absoluta ineficácia jurídica – o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece a sua incompatibilidade hierárquico-normativa com a Lei Fundamental.

É por essa razão que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos do passado com base nela praticados (RTJ 19/127), eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações jurídicas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito (RTJ 37/165 – 55/744 – 102/671; RE 84.230-PR).”¹²⁸

“Afigura-me, outrossim, de todo improcedente o argumento de que, no caso de declaração de inconstitucionalidade de norma instituidora de tributo, não de subsistir alguns efeitos, ainda que como fato jurídico (fl. 120). Não há como negar que exigências de ordem prática têm levado a uma atenuação da doutrina da eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade, respeitando-se, assim, certos “efeitos consolidados” produzidos por atos fundados em leis declaradas contrárias à Constituição.

(...)

Mais recentemente, sustentou o Ministro Leitão de Abreu, um voto proferido no R.E. n.º 79.343, que a declaração de inconstitucionalidade de lei comporta, quanto aos efeitos ex tunc que se lhe atribuem, certos temperamentos. (...)

Tal entendimento, todavia, não se aplica ao caso em apreço.”¹²⁹

Em julgamento posterior, o próprio Ministro Leitão de Abreu, admitindo que tinha sido voto vencido, explicou que, na verdade, propunha um temperamento ao dogma da nulidade e da retroatividade integral da decisão judicial, especialmente, tendo em vista a segurança jurídica e a boa-fé.¹³⁰

¹²⁸ STF, ADIn n.º 652-5/MA, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 02 abr. 1992.

¹²⁹ STF, RE n.º 103.619-2/RJ, Rel. Ministro Oscar Corrêa, Brasília, 08 fev. 1985.

¹³⁰ STF, RE n.º 93.356-5/MT, Rel. Ministro Leitão de Abreu, Brasília, 24 mar. 1981.

6.1. Efeitos objetivos da decisão

No que tange aos efeitos objetivos, pode-se afirmar que a decisão que declara a inconstitucionalidade, via de regra, tem eficácia *ex tunc*, sendo a norma inconstitucional nula *ab initio*.

Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade restaura a vigência da legislação revogada pela lei inconstitucional, já que opera eficácia retroativa, desconstituindo todos os efeitos produzidos pela norma inconstitucional, inclusive a revogação operada pela lei inconstitucional.¹³¹

Nesse sentido, manifesta-se Luís Roberto Barroso, que afirma: “A premissa da não-admissão de efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição.”¹³²

Todavia, o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade não foi previsto expressamente pela Constituição brasileira, tampouco pela Lei n.º 9.868/99, limitando-se a última a estabelecer, em seu artigo 11, § 2º, que a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Apesar disso, jurisprudência já vinha reconhecendo o efeito repristinatório à declaração de inconstitucionalidade

“Essa extensão se justifica, porque a suspensão da lei argüida de inconstitucional por meio de liminar visa, provisoriamente, ao resultado que se pleiteia em definitivo, se julgada procedente a representação. E, no caso de procedência desta, sendo nula a lei declarada inconstitucional, permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade.”¹³³

“A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo e exclusão, que, fundado numa competência de rejeição, deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação

¹³¹ Em caso não de inconstitucionalidade, mas de simples revogação de uma lei por outra, vigora a regra da não repristinação, na forma do artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 92 e 93.

¹³³ STF, Rp n.º 1077-5MC/RJ, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 26 fev. 1981.

estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional (RTJ 101/503).”¹³⁴

Pode ocorrer, no entanto, de a lei revogada pela lei inconstitucional ser dotada de igual vício de inconstitucionalidade. Nesse particular, surge controvérsia em razão do princípio do pedido, indagando-se se o STF dependeria de expresse requerimento do autor da ação para declarar inconstitucional a lei revogada pela lei inconstitucional, de modo a justificar a não repristinação.

Para Clèmerson Clève, o ato inconstitucional é nulo e a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios, posto que, sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. Em seguida, destaca o ilustre autor que “A reentrada em vigor da norma revogada nem sempre é vantajosa. É que o efeito repristinatório produzido pela decisão do Supremo, em via de ação direta, pode dar origem ao problema da legitimidade da norma repristinada. De fato, a norma reentrante pode padecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado. (...) Se for detectada a manifestação de eventual eficácia repristinatória indesejada, cumpre requerer, já na inicial da ação direta, a declaração de inconstitucionalidade, e desde que possível, do ato normativo repristinado.” Isto porque, conquanto o STF não esteja, na fiscalização abstrata, vinculado à causa de pedir, permanece sempre vinculado ao pedido.¹³⁵

Jorge Miranda, por sua vez, esclarece que, numa lógica rígida do princípio do pedido, o Tribunal não poderia sequer cuidar de saber se haveria norma anterior, competindo tal análise, ao revés, aos juízes e tribunais nos casos concretos. Mas este entendimento afigura-se incongruente com a função de garantia justificativa do instituto, já que não haveria sentido organizar-se a fiscalização de constitucionalidade para, ao final, esta redundar na aplicação de uma norma mais antiga e ainda mais inconstitucional que a norma objeto de apreciação.¹³⁶

Nessa trilha, conclui Jorge Miranda que “O princípio do pedido (à semelhança do que acontece em hipóteses de apreciação incidental atrás referidas) deve ser encarado como abrangendo não só a norma explicitamente especificada no

¹³⁴ STF, ADIn n.º 652-5/MA, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 02 abr. 1992.

¹³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 167.

¹³⁶ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 491 e 492. Destaque-se, porém, que a Constituição portuguesa, ao contrário da brasileira, autoriza expressamente a repristinação em seu artigo 282. Zeno Veloso adota entendimento similar ao do autor português, sustentando que não há sentido ou razão em o Supremo expelir norma inconstitucional, mas fazer voltar a vigorar norma anterior mais antiga e mais agressiva ao Texto Fundamental (VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 193).

requerimento de apreciação que desencadeia o processo mas também, implicitamente, a norma que esta revogara – tudo no limite da razoabilidade da situação consequente à declaração.”¹³⁷

Zeno Veloso segue o mesmo raciocínio e acrescenta que “Embora falte no direito brasileiro regra expressa a respeito, somos de parecer que se deve prestigiar o dogma da supremacia da Constituição, expandido-se a declaração de inconstitucionalidade a outras normas, ainda que não mencionadas diretamente no pedido, e desde que haja conexão, correlação, relação de dependência entre os preceitos. A *fortiori*, até em nome do postulado da segurança jurídica – que tem a mesma hierarquia, o mesmo valor que o princípio da legalidade -, deve o STF proclamar a inconstitucionalidade - se for o caso - de norma anterior, que havia sido revogada pela lei cuja inconstitucionalidade foi reconhecida.”¹³⁸

Na opinião de Daniel Sarmiento, “... o STF não precisa declarar a inconstitucionalidade da norma revogada, mas ele pode apreciá-la apenas para os fins específicos de conceder, ou não, efeitos repristinatórios à decisão de pronúncia de inconstitucionalidade da norma revogadora. Não se trata, portanto, de exercer a fiscalização abstrata daquele ato normativo anterior, mas sim de analisar a sua validade, para os fins específicos de modulação dos efeitos da decisão no controle da norma posterior.”¹³⁹

Ademais, este escritor chama atenção para o fato de que é possível que a norma revogada seja constitucional, mas que a sua ressurreição, e, mais que isso, a sua incidência sobre fatos ocorridos no intervalo de tempo em que vigorou a norma inconstitucional revogadora, causem profundas injustiças e danos à segurança jurídica, afrontando severamente os interesses constitucionalmente tutelados, razão pela qual deve o STF utilizar-se da margem de manobra que lhe foi concedida para acomodar os diversos bens jurídicos constitucionais envolvidos.¹⁴⁰

Nesse sentido, inova Daniel Sarmiento ao advogar a tese de que “... da conjugação dos arts. 11, §2º, e 27 da Lei n.º 9.868/99, é possível inferir uma autorização para que o STF, mediante um juízo de ponderação, restrinja ou até mesmo afaste os efeitos repristinatórios das decisões no controle de constitucionalidade. Mas, sempre que a restrição à repristinação decorrer não de um juízo sobre a inconstitucionalidade da lei revogada, mas de uma avaliação política do STF, calcada em “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, pensamos que o *quorum* de 2/3, previsto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, também deverá ser exigido.”¹⁴¹

No entanto, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de não conhecer da ação direta quando a declaração de inconstitucionalidade importar em efeitos repristinatórios não

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 492.

¹³⁸ VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 194.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 131.

¹⁴⁰ Ibid. p. 132.

¹⁴¹ Ibid. p. 132.

desejados e não haja pedido de declaração subsidiária de inconstitucionalidade da norma revogada

“Observo, preliminarmente, que, com relação a esse artigo 4º, não se pode conhecer da presente ação no tocante a ele, porque, quer quanto à alegação de inconstitucionalidade formal, quer quanto à alegação de inconstitucionalidade material, se julgadas procedentes, dessa procedência resultaria a restauração imediata da eficácia da redação originária do artigo 9º da Lei n.º 2.662, de 27 de dezembro de 1996, que estariam evitados dos mesmos vícios apontados como neles incidente a nova redação desse dispositivo legal. (...)

Ora, não tendo sido atacada a redação originária desse artigo 9º da Lei estadual n.º 2.662/96, que teria sua eficácia restaurada com os mesmos vícios alegados pelo requerente, e não sendo possível a esta Corte estender o objeto da ação direta de inconstitucionalidade para alcançá-la, a solução a ser dada é a do não-conhecimento da ação nesse ponto. É como nele voto nele.”¹⁴²

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO REPRISTINATÓRIO: NORMA ANTERIOR COM O MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristinação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, não impugnada a norma anterior, não é de se conhecer da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes do STF.

I. - ADIn não conhecida.”¹⁴³

6.2. Efeitos subjetivos da decisão

Na ação direta, a decisão de inconstitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, conforme dispõe o artigo 28, § único, da Lei n.º 9.868/99, bem como o artigo 102, § 2º, da Constituição com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/04.

As pessoas e órgãos do rol do artigo 103 da Constituição são, na verdade, legitimados extraordinários para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Há o fenômeno da substituição processual, atuando os legitimados extraordinários em nome próprio, mas na defesa de

¹⁴² STF, ADIn n.º 2.132-0, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 01 fev. 2001. O mesmo entendimento foi adotado pelo Ministro na ADIn n.º 2.242-3/DF (STF, ADIn n.º 2.242-3/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 07 fev. 2001).

¹⁴³ STF, ADIn n.º 2.574-1/AP, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, 02 out. 2002.

interesses da coletividade, razão pela qual a eficácia da decisão é geral e não *inter partes*.¹⁴⁴

Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade na ação direta tem *efeito vinculante*, consoante os mesmos dispositivos citados acima.

Na antiga redação do artigo 102, §2º, da Constituição, dada pela Emenda Constitucional n.º 03/93, somente as decisões definitivas de mérito proferidas em ação declaratória de constitucionalidade é que produziam eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Dessa forma, o artigo 28, § único, da Lei n.º 9.868/99 inovou ao atribuir eficácia contra todos e efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade em sede de ação direta.¹⁴⁵

Porém, o poder constituinte derivado aderiu a esta novidade e, através da Emenda Constitucional n.º 45/04, estendeu ambos os efeitos à ação direta de inconstitucionalidade. Atualmente, portanto, o efeito *erga omnes* e vinculante das decisões em ação direta têm também sede constitucional.

O efeito vinculante, segundo a redação da Constituição, opera em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Assim, o

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 155.

¹⁴⁵ Destaque-se que o STF julgou constitucional o parágrafo único do artigo 28 da Lei n.º 9.868/99, *in verbis*: “QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, artigo 28, parágrafo único).

2. Para efeito do controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal.

3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo parágrafo 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.” (STF, Rcl n.º 1.880-6 AgR/SP, Rel. Ministro Maurício Correa, Brasília, 04 nov. 2002).

Supremo Tribunal Federal não estaria vinculado à decisão, podendo rever o seu posicionamento.

Já o artigo 28, § único, da Lei n.º 9.868/99, preceitua que o efeito vinculante se dará relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. A omissão do advérbio “demais” nesta redação, no entanto, não ensejou mudança de entendimento, por parte da doutrina, acerca da não vinculação do Supremo ao seu entendimento.

Com efeito, sustenta Zeno Veloso que “Apesar de não ter sido repetido o advérbio no dispositivo legal, pensamos que isto não é relevante para se concluir que houve uma alteração substancial. Consideramos que está implícito que o efeito vinculante da decisão se estende aos outros órgãos do Poder Judiciário, excluído o próprio STF. Não há, pois, uma autovinculação.

Não seria bom que o Pretório Excelso ficasse acorrentado a uma determinada decisão, por ele mesmo tomada, no controle jurisdicional de constitucionalidade, deixando de ver e considerar as realidades da vida, as transformações sociais, políticas, econômicas, as outras concepções e exigências que tenham surgido e que determinam mutações informais na Constituição, ficando congelada aquela sentença, que era coerente com o estágio do direito da época em que foi proferida, mas que se encontra em vivo combate com uma nova ordem jurídica, ditada pelo decurso do tempo, pelo desenvolvimento, pela história.”¹⁴⁶

Em caso de inobservância por juiz ou tribunal, caberá reclamação, na forma do artigo 102, I, *l*, da CF, e da orientação consolidada do Supremo Tribunal Federal

“Ora, in casu, declarada a inconstitucionalidade da Resolução 104, do T.S.T., que determinou o pagamento de adicionais por tempo de serviço, com base em normas e critérios de leis revogadas, o T.R.T. da 2ª Região concedeu segurança que pleiteava o pagamento dos referidos adicionais.

E das informações do Exmo. Presidente do T.S.T. se viu que o Pleno, “não obstante, decidiu manter o entendimento favorável ao acórdão do T.R.T. da 1ª Região”, vale dizer, não obstante a decisão que suspendera os efeitos da Resolução e que, a princípio, acatara, acolheu a decisão contrária do T.R.T.

Teve, pois, conhecimento do acórdão deste S.T.F., que ignorou, ou, antes, desconsiderou. Não me parece que isto não configure contrariedade à autoridade de decisão da Corte, se dele tinha ciência oficial, e não obstante decidiu em sentido contrário, reparável pela reclamação.

(...)

Conheço, pois, da reclamação.

E dela conhecendo, julgo-a procedente para, nos termos do decidido na Representação n.º 1.129, cassar o acórdão do T.S.T. na REMESSA EX-OFFICIO 05/83, no MS 102/82.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 199 e 200.

¹⁴⁷ STF, Rcl n.º 173-3/DF, Rel. Ministro Oscar Corrêa, Brasília, 19 mar. 1986.

Já quando a Administração Pública é que descumprir a orientação da Corte, ela sujeitar-se-á à impugnação pelos meios judiciais cabíveis, podendo haver, pois, responsabilização do agente público.¹⁴⁸

Vê-se, pelo disposto no texto da Carta Magna e da Lei n.º 9.868/99, que não há óbice a que o Poder Legislativo edite norma com conteúdo idêntico ou análogo ao da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Inclusive, o STF já reiterou esta orientação, bem como a tese de que somente os demais órgãos do judiciário estariam vinculados à decisão em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade, *in verbis*:

“É clara a Constituição da República no limitar a extensão dos efeitos vinculantes da decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, *aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo* (art. 102, § 2º), enquanto eficácia que deve atribuída, por idênticas razões, à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade, a qual tem igual caráter dúplice, posto que com sinal trocado.

É o que, aliás, confirma a Lei nº 9.868/99, no art. 28, § único: (...)

Está visto, pois, que nosso ordenamento não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade.

Nem se pode tirar coisa diversa à só previsão de eficácia *erga omnes*. Já se demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto de exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica à que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade da *res iudicata*, conviria apenas a processos de índole subjetiva. Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição: ...”¹⁴⁹

Assim, em caso de edição de nova lei ou ato normativo com conteúdo já declarado inconstitucional em ação direta pelo Supremo

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 157 e 158.

¹⁴⁹ STF, Rcl n.º 2.617-5 AgR/MG, Rel. Ministro Cezar Peluzo, Brasília, 23 fev. 2005.

Tribunal Federal, a solução será a propositura de nova ação direta de inconstitucionalidade e não a reclamação.¹⁵⁰

Poder-se-ia alegar, no entanto, que a edição de nova lei com conteúdo já declarado inconstitucional pelo Supremo representa violação ao princípio da separação dos poderes, pois o poder de legislar não poderia, reiteradamente, ir contra o entendimento do Pretório Excelso, vez que o Constituinte originário concedeu a este o papel de preservar a Constituição (art. 102, CF).

Para Alexandre de Moraes, “... os efeitos vinculantes aplicam-se inclusive ao legislador, que não poderá editar nova norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou, ainda, norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal; ou, mesmo, estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional.

(...)

Assim, uma vez que interprete a norma constitucional abstratamente, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a Corte Suprema define seu significado e alcance, que deverá ser respeitado por todos os demais órgãos estatais, sob pena de desrespeito à sua função constitucional.”¹⁵¹

Canotilho, por sua vez, sustenta que “A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral significa a **vinculação do próprio legislador à decisão do TC**: ele não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais pelo TC. Também lhe estará vedado vir neutralizar ou contrariar a declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) através da convalidação retroactiva, por acto legislativo, de actos administrativos praticados com base numa norma declarada inconstitucional sem restrição de efeitos. O legislador não pode constitucionalizar, através de lei, o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC. Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição da reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Este limite negativo resulta do princípio da constitucionalidade e, como tal, é um limite jurídico-constitucional e não um limite político-constitucional assente no simples princípio da confiança entre órgãos constitucionais. (...) A proibição abrange os casos de recuperação do conteúdo da lei declarada ilegal embora com nova formulação. Estes limites não devem considerar-se, porém, como “eternos”, pois poderá acontecer que uma lei constitucional (= lei de revisão) venha “constitucionalizar” a disciplina ou regime jurídico anteriormente considerado inconstitucional..., ou, então, permite ao legislador a emanação de nova disciplina com conteúdo idêntico ao de leis declaradas inconstitucionais... Além disso, as concepções e valores radicados na consciência jurídica da comunidade podem ter sofrido alterações substanciais cabendo ao legislador “actualizar” as normas de acordo com os novos princípios ou valores...”¹⁵²

Cabe registrar a posição de Alexandre Câmara que, ao contrário, advoga a tese de que as decisões de mérito proferidas no controle de

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 159.

¹⁵¹ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*, p. 680 e 681.

¹⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1010 e 1011.

constitucionalidade por força de ADIn ou de ADC sequer possuem eficácia vinculante.¹⁵³

Defende o autor que “... a decisão que tenha eficácia vinculante deverá ser aplicada aos casos futuros, sempre que a matéria de fato for substancialmente a mesma. O precedente vinculante, pois, obriga os juízos da mesma hierarquia, ou de hierarquia inferior, a decidir no mesmo sentido, adotando a mesma tese de direito, que nele se afirmou.”. Porém, no direito brasileiro, não é isto que ocorre. Tendo o STF afirmado, em controle direto, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, e tendo esta decisão transitada em julgado, nenhum juízo ou tribunal, nem mesmo o STF, poderá voltar a examinar a questão. “Tivesse a decisão aqui proferida eficácia vinculante, e todos os juízos e tribunais estariam obrigados a, nas partes dispositivas de suas decisões, decidir no mesmo sentido do que restou decidido pelo STF, podendo este, porém, reexaminar a matéria e, até mesmo, proferir decisão em sentido contrário ao do precedente, o que não nos parece possível...”¹⁵⁴

¹⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nos 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *A Coisa Julgada no Controle Direto da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.p. 15.

¹⁵⁴ Ibid. p. 16 a 19.

7. A flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle por via de ação direta

Em que pese a adoção da regra da nulidade pela doutrina e jurisprudência majoritárias, tem-se verificado, no Brasil, uma amenização do dogma da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, a exemplo do que ocorreu em todo o mundo, destacadamente, Estados Unidos, Áustria, Alemanha, Itália e Portugal.

Adverte Clèmerson Clève que “É evidente que o fato de a sentença judicial implicar a nulidade “ab initio” da normativa impugnada favorece a emergência de não poucos problemas. Inexistindo prazo para a pronúncia da nulidade – já que a inconstitucionalidade decorre de vício, em princípio, insanável e, ademais, imune à prescrição -, considere-se o caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem-número de situações jurídicas. É indubitoso que nesses casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de dar lugar à injustiça e à violação do princípio da segurança jurídica.”¹⁵⁵

Para Regina Maria Ferrari, “Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito e sua própria finalidade.”¹⁵⁶

Gilmar Ferreira Mendes, inclusive, chama atenção para o fato de que a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode acabar por obrigar os tribunais a

¹⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 168. Destaque-se que, para Luís Roberto Barroso, a inconstitucionalidade originária deveria ter um prazo de prescrição. “Hipóteses haverá em que a inconstitucionalidade de uma norma será *superveniente* a seu nascimento, resultando de *mutações constitucionais*, que podem decorrer de alterações significativas na situação de fato subjacente ou de modificações ocorridas no próprio sistema jurídico. Nesse caso, pode acontecer de uma lei estar em vigor de longa data, mas sua inconstitucionalidade ser recente. A outra hipótese é a da lei *originariamente* inconstitucional: se o fundamento do pedido remonta ao momento do nascimento da lei – uma inconstitucionalidade formal, por exemplo -, parece razoável sustentar a prescritibilidade da pretensão. À falta de regra expressa, e tendo em vista a gravidade representada pelo vício da inconstitucionalidade, deve-se aplicar o maior prazo prescricional ordinário adotado pela legislação.

(...) O fato de não haver norma dispondo especificamente acerca do prazo prescricional em determinada hipótese não confere a qualquer pretensão a nota de imprescritibilidade. Cabe ao intérprete buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 164 e 165).

¹⁵⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 163.

se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.¹⁵⁷

Na jurisprudência, antes mesmo da edição da Lei n.º 9.868/99, o STF vinha efetuando temperamentos à tese da nulidade, como ocorreu no RE n.º 78.533-7/SP, em 1981, quando o STF, com base na aparência da legalidade e na ausência de prejuízo, absteve-se de declarar a nulidade de penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional.¹⁵⁸

Em outra oportunidade, entendeu o Ministro Francisco Rezek que o aumento da remuneração de servidores públicos concedido por lei declarada inconstitucional não precisaria ser devolvido

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO.

Acórdão que prestigiou lei estadual à 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.”¹⁵⁹

Não obstante os temperamentos efetuados pela jurisprudência, em 1999, o legislador resolveu consolidar a possibilidade de flexibilização da

¹⁵⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 318.

¹⁵⁸ STF, RE n.º 78.533-7/SP, Rel. Ministro Firmino Paz, Brasília, 13 nov. 1981. No mesmo sentido, já havia se manifestado o Supremo, em 1974: “FUNCIONÁRIO PÚBLICO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE DA INVESTIDURA. 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 é válido. Recurso não conhecido.” (STF, RE n.º 78.594/SP, Rel. Ministro Bilac Pinto, Brasília, 7 jun. 1974).

¹⁵⁹ STF, RE n.º 102.202-6/MG, Rel. Ministro Francisco Rezek, Brasília, 10 ago. 1993. A Corte já havia adotado posição semelhante, em 1986, no RE n.º 105.789: “MAGISTRADO. Garantia constitucional da irredutibilidade de vencimento.

A nova qualificação do tempo de serviço, anos depois de averbado e de haver produzido os efeitos pecuniários em favor do magistrado, malferia a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, que torna intangível o direito que já nasceu e não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo.

Recurso conhecido e provido.” (STF, RE n.º 105.789, Rel. Ministro Carlos Madeira, Brasília, 15 abr. 1986).

eficácia retroativa da declaração de nulidade, editando, então, as Leis n.^{os} 9.868 e 9.882. Ambas prevêm a possibilidade de o STF fixar os efeitos da decisão *ex tunc*, a partir da publicação da decisão ou em outro momento.

Com efeito, afirma Carlos Roberto Siqueira Castro que “... entre nós, a evolução de um modelo de *retroatividade absoluta*, quanto aos efeitos da decisão judicial reconhecitiva da inconstitucionalidade, para o novo modelo de *retroatividade mitigada* ou *temperada*, não se operou pela via da modernização jurisprudencial, mas sim pela intervenção legislativa. Em verdade, foi o Congresso Nacional que chamou a si o deslinde dessa tormentosa questão e houve por bem atualizar o direito positivo brasileiro em sintonia com os ordenamentos constitucionais mais avançados nessa ordem de questões, que buscam prestigiar a segurança das relações jurídicas consolidadas anteriormente sob a égide da norma proscrita pelo julgamento constitucional.”¹⁶⁰

7.1. A Lei n.º 9.868/99

Com a Lei n.º 9.868/99, os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade e da constitucionalidade foram pela primeira vez objeto de regulamentação legislativa, já que, conforme exposto, a Constituição Federal não tratou deste tema, ao menos expressamente, tampouco havia qualquer previsão na legislação ordinária.

Para parte da doutrina, destacadamente, Clèmerson Clève, Daniel Sarmiento e Gilmar Ferreira Mendes, todavia, a nulidade da lei ou ato inconstitucional constitui princípio constitucional implícito, havendo também quem considere que, ao revés, a Constituição em momento algum cogitou dos efeitos temporais emergentes da declaração de inconstitucionalidade, como Carlos Roberto Siqueira Castro.¹⁶¹

Cumprido destacar que, na Assembléia Constituinte de 1986-88, foi rejeitada a proposta de introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade

¹⁶⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. Cit., p. 94.

¹⁶¹ Ibid. p. 86; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit., p. 164 a 166; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. p 263 e 264; SAMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 101 e 102.

declarada no controle abstrato de normas haveria de perder sua eficácia *ex tunc* ou a partir da publicação da decisão declaratória.¹⁶²

Durante o processo de revisão efetuado em 1994, novamente, este tema foi discutido, por proposta do Deputado Nelson Jobim, mas não obteve sucesso.¹⁶³

Indaga-se, destarte, sobre a constitucionalidade do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, dispositivo que confere ao STF poder para manipular os efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade, haja vista a recusa pelo Constituinte em introduzir norma com tal conteúdo na Lei Maior. Dispõe o citado artigo:

“**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.”

O professor Luís Roberto Barroso insurgiu-se contra esta inovação: “O dispositivo enfrenta críticas quanto a sua conveniência e oportunidade, assim como objeções relativamente a sua constitucionalidade. Argumentou-se, contrariamente a sua introdução, que a orientação do Supremo Tribunal Federal, até então, era a de reconhecer **hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional**, o que exigiria uma emenda à Constituição para introduzir a novidade. Em suporte da tese, aliás, é possível invocar as duas tentativas, noticiadas acima, de inserção no texto constitucional de norma que visava objetivo análogo ao do art. 27 transcrito. Se a providência pudesse ser tomada no plano infraconstitucional, tornar-se-ia difícil justificar que se tivesse optado pela via mais complexa da previsão no texto da própria Constituição. (...)

No mérito, é respeitável a tese de que, por vezes, a produção de efeitos retroativos pode trazer conseqüências indesejadas pelo próprio texto constitucional. Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha tratando a questão de forma equilibrada e construtiva. Não havia necessidade de ato legislativo interferindo nesse mandato. Aliás, em testemunho da riqueza do universo da interpretação constitucional, é possível uma leitura singular e muito razoável do dispositivo, embora contrária ao legislador histórico (isto é, à *mens legislatoris*): a de que, **na verdade, veio ele restringir a liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao impor quorum de dois terços de seus membros**. Nesse caso, também caberia questionar se o legislador ordinário poderia impor condições para a ponderação de valores constitucionais.”¹⁶⁴

De acordo com Octavio Campos Fischer, a opção pelos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deveria continuar sendo parte da

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. p. 263 e 264.

¹⁶³ VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 190 e 191.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p.23 e 24. *Grifo nosso*.

discricionariedade do Supremo Tribunal Federal, não podendo ter sido objeto de regulamentação pela legislação infraconstitucional. “Trata-se, pois, de uma questão de nível constitucional, como já averbaram alguns dos autores supracitados. Contudo, ousamos ir um pouco mais fundo e sustentar que, diante do atual quadro constitucional, mesmo a Emenda à Constituição não é instrumento correto para regulamentar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O motivo é, praticamente, o mesmo com o qual se diz que o art. 27 é formalmente inconstitucional. Afinal, não se pode conferir ao “poder controlado” (Congresso), a possibilidade de restringir a atuação do “poder controlador” (Poder Judiciário), seja por qual instrumento for.”¹⁶⁵

Acrescenta o mesmo autor que a argumentação acima fica ainda mais clara se nos voltarmos para o §4º, III, art. 60 da CF/88, que torna intangível o princípio da separação dos poderes. Ademais, se a Constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há que se considerar que relegou a questão à prudente discricionariedade do STF.¹⁶⁶

Por outro lado, considera Octavio Fischer que o artigo operou uma indevida restrição nos poderes do Supremo Tribunal Federal, já que antes o Supremo poderia, em tese, manipular os efeitos fundando-se em qualquer valor constitucional, e, ao revés, após a Lei n.º 9.898/99, somente em caso de “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”.¹⁶⁷

Regina Maria Ferrari, por sua vez, afirma que sempre reconheceu a necessidade da elaboração de um instrumento normativo para acabar com a incerteza quanto à capacidade de determinar no tempo o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. No entanto, ressalta que “... seria, também, necessário estabelecer uma linha de demarcação máxima para a atuação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que nossa Lei Fundamental prevê, no art. 60, §4.º, limites ao exercício do poder reformador, o que leva ao reconhecimento de que só o Poder Constituinte originário é ilimitado e que só ele seria capaz de determinar, de forma ampla, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.”¹⁶⁸

Daniel Sarmiento sustenta que o argumento de caráter histórico não empolga. “Na hermenêutica jurídica, o elemento histórico desfruta de papel acessório, pois é pacífica na doutrina moderna a concepção objetivista da interpretação, pela qual o intérprete deve buscar não a vontade histórica do legislador (*mens legislatoris*), mas sim a vontade efetivamente expressa na norma jurídica (*mens legis*). Editada a lei, esta passa a gozar de existência autônoma, rompendo-se o cordão umbilical que a unia ao legislador histórico. A partir daí, o sentido da norma pode sofrer alterações, sob o influxo das variações ocorridas na realidade sobre a qual ela incide.”¹⁶⁹

¹⁶⁵ FISCHER, Octavio Campos. *Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 214 a 216

¹⁶⁶ Ibid. p. 215.

¹⁶⁷ Ibid. p. 216 e 217.

¹⁶⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p 300 e 301.

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle Concentrado de Constitucionalidade*. p. 124.

No campo constitucional, este fenômeno é ainda mais intenso por decorrência do uso abundante de conceitos abertos e do dinamismo do domínio empírico sobre o qual se projeta a Constituição.¹⁷⁰

Gustavo Binimbojm, igualmente, vê com bons olhos as inovações do artigo em comento, posicionando-se pela legitimidade da instituição por lei ordinária de limitação temporal aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como também do *quorum* de maioria absoluta

“... é de se ver que o art. 27 da Lei n° 9.898/99 não será, em verdade, o fundamento das decisões do Supremo Tribunal Federal que venham a restringir a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade de determinadas leis. Seu fundamento será a proteção de outros valores e princípios constitucionalmente assegurados – ligados à segurança jurídica ou a excepcional interesse social – e que seriam colocados em risco por uma decisão retroativa. Ao assim decidir, não estará o Supremo Tribunal sobrepondo uma lei ordinária – a Lei n° 9.868/99 – à Constituição, mas diversamente, estará *ponderando* valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional. (...)

Como é intuitivo, a exigência de *quorum* mais elevado guarda uma relação de proporcionalidade com o grau de responsabilidade e a repercussão social e política da decisão. Portanto, como a limitação temporal do juízo de inconstitucionalidade constitui um *plus*, em termos de responsabilidade, se comparado com a pura e simples proclamação da nulidade, é razoável a exigência de um *plus* no *quorum* necessário à prolação da primeira decisão. É de bom alvitre que um consenso maior seja exigido dentro da Corte Suprema, nas hipóteses de validação dos efeitos pretéritos de uma lei inconstitucional, como garantia de que a decisão, apesar de sua excepcionalidade, é adequada, necessária e conforme ao interesse público.”¹⁷¹

Dois ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas: a ADIn 2.231, questionando a validade do art. 11 da Lei n° 9.882/99, e a ADIn 2.258, questionando a do art. 27 da Lei n° 9.868/99, sendo que o Relator da ADIn 2.231, Ministro Neri da Silveira, “... votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões.”¹⁷²

¹⁷⁰ Ibid. p. 124.

¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumento de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 184 a 188.

¹⁷² STF, ADInMC n.º 2.231/DF, Rel. Ministro Neri da Silveira, Brasília, 05 dez. 2001. Informativo STF n.º 253.

Pela própria dicção do artigo 27, percebe-se que o dispositivo regulamentou uma exceção aos regulares efeitos da declaração de inconstitucionalidade, eis que condicionou a manipulação desses efeitos à existência de dois pressupostos: (i) segurança jurídica ou excepcional interesse social; e (ii) *quorum* de maioria de dois terços dos membros do Supremo.

Dessa forma, subsiste a regra de que a lei inconstitucional é nula *ab initio*, retroagindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade até a data em que a lei impugnada entrou em vigor, até porque somente a tese da nulidade da lei inconstitucional se coaduna com o princípio da supremacia da Carta Maior e com o da aplicabilidade das normas constitucionais, princípios estes que continuam representando vetores do sistema normativo brasileiro.

Assim, mesmo para os que entendem que a nulidade das leis ou atos normativos inconstitucionais consiste em um princípio constitucional implícito, não haveria violação da Constituição pelo artigo em tela, já que tal princípio permanece regendo o nosso controle de constitucionalidade.

Por outro lado, poder-se-ia argumentar que o dispositivo em questão atribui ao STF o papel de “legislador positivo”, o que é inconstitucional por violação ao princípio da separação dos poderes, consubstanciado como cláusula pétrea no art. 60, §4º, III, da CF/88.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato o controle de constitucionalidade, atua como verdadeiro “legislador negativo”, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente realiza um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Magna.¹⁷³

¹⁷³ Consoante a jurisprudência do STF, no controle de constitucionalidade, ele exerce o papel de legislador negativo, com se pode verificar das redações que seguem: “- A ausência dessa lei complementar (**vacuum juris**), que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte.

Por conseguinte, ao se conferir à Corte poderes para manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, esta não se limitaria a fazer prevalecer a Constituição, conferindo efeitos retroativos à decisão, e sim realizando um juízo de conveniência e oportunidade, de modo a estabelecer se os efeitos serão *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*.

Ocorre que já é pacífico na doutrina que ao Judiciário não compete somente a função de aplicar as leis, notadamente, a Constituição, norma superior do ordenamento jurídico, havendo, pois, certa atividade criativa do juiz na prestação da jurisdição, de modo a adaptar a letra fria das leis às especificidades do caso concreto e concretizar os valores constitucionais supremos consubstanciados nos direitos fundamentais.

Nesse sentido, podemos citar Gustavo Binbenbojm que, ao discorrer sobre a democratização da jurisdição constitucional, expõe:

“Encontra-se superada a versão positivista da jurisdição constitucional como instância meramente subsuntiva, destinada a fazer atuar, no caso concreto, a vontade pré-constituída do legislador constituinte. É hoje corrente que em toda interpretação constitucional é decisivo o papel criativo do intérprete, cuja missão não é apenas a de aplicar, mas *concretizar* os princípios e regras consagrados na Constituição. A interpretação constitucional lida necessariamente com conceitos

- O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o S.T.F., no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em **legislador positivo**, condição que ele próprio se tem recusado a exercer.

- O Supremo Tribunal Federal, ao exercer **em abstrato** a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro **legislador negativo**, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de **atos** (e não omissos) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política.” (STF, ADIn n.º 267-8/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 25 out. 1990).

Por outro lado, o STF tem se negado a declarar a inconstitucionalidade de expressões ou partes de artigos dos textos legais, quando isto importe em alteração do sentido do texto, haja vista a sua função de mero legislador negativo, *in verbis*: “Ora, quanto ao primeiro pedido, a arguição de inconstitucionalidade visa a que, se ela for acolhida, reste, de todos os dispositivos atacados, apenas a expressão “igualmente” no inciso I do § 2º do artigo 47 da Lei 9.504/97, o que implicará que se fará igualmente, entre os Partidos Políticos e suas coligações, a distribuição dos honorários de propaganda eleitoral gratuita pelo rádio e pela televisão. Não podendo o pedido do requerente ser ampliado para alcançar todo o sistema dessa distribuição estabelecido pelos dispositivos impugnados nessa primeira alternativa, pretende ele, com a declaração de inconstitucionalidade como requerida, modificar o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.” (STF, ADIn n.º 1.882-4/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Brasília, 26 jun. 1998).

abertos e indeterminados, cuja densificação sujeita-se à pré-compreensão e à ideologia dos juízes encarregados do exercício da jurisdição constitucional.”¹⁷⁴

Alexandre Santos de Aragão, por sua vez, vem a afirmar que a conceituação do controle de constitucionalidade como poder legislativo negativo não se compatibiliza às funções dos atuais tribunais constitucionais, o que demonstra, como já vinha ocorrendo de longa data, que o princípio da separação dos poderes não segue mais a doutrina ortodoxa

“O controle abstrato da constitucionalidade das leis revela uma faceta do Estado Democrático de Direito que não se adequa com facilidade aos seus moldes originários oitocentistas. Busca-se a todo custo moldar a função estatal de controle abstrato da constitucionalidade aos paradigmas de uma separação de poderes teórica e idealizada. Demonstração flagrante desta distorção é a conceituação do controle de constitucionalidade como poder legislativo negativo, caracterização que fica bem aquém das funções efetivamente exercidas pelas Cortes Constitucionais contemporâneas, que têm uma posição proativa na proteção e promoção dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Se a peculiaridade da função de controle abstrato da constitucionalidade das leis já era *de per se* evidente, o artigo 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, veio a corroborá-la ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal - STF o mister de, ao declarar a inconstitucionalidade em via abstrata, fixar os efeitos da sua decisão.”¹⁷⁵

Ademais, a fixação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade vem atender a necessidade de o Tribunal refletir sobre as possíveis conseqüências de suas decisões, afinal a aplicação da Constituição não consiste numa atividade meramente mecânica e desatenta às vicissitudes da realidade prática.

Destaque-se, conforme já abordado, que o Supremo já vinha adotando este entendimento ao excepcionar os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade em nome da segurança jurídica e da

¹⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis n.ºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 162 e 163.

¹⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis n.ºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O Controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 21 e 22.

boa-fé. Há, inclusive, recentes julgados do Pretório Excelso neste sentido, conforme explicitam as seguintes decisões:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO: GRATIFICAÇÃO CONCEDIDA COM BASE NA LEI 1.762/86, ART. 139, II, DO ESTADO DO AMAZÔNAS. INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE À CF/1967, ART. 102, § 2º. EFEITOS DO ATO: SUA MANUTENÇÃO.

I. - **A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio sobretudo, ao princípio da boa-fé.** No caso, os efeitos do ato, concedidos com base no princípio da boa-fé, viram-se convalidados pela CF/88.

II. - Negativa de trânsito ao RE do Estado do Amazonas. Agravo não provido.¹⁷⁶

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. **EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.**

1. O artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29), é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. A ausência de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer lesão aos demais princípios constitucionais nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).

6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo

¹⁷⁶ STF, RE n.º 434.222-7 AgR/AM, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, 14 jun. 2005 (*grifo nosso*).

de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). Inconstitucionalidade.

7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário não conhecido.¹⁷⁷

Jorge Miranda, citando Bachof, assevera que “... os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis *consequências* destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de protecção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra – embora não sempre – um resultado juridicamente errado.”¹⁷⁸

Procede, no entanto, a crítica formulada pela doutrina acerca da não fixação de um prazo máximo para a eficácia *pro futuro*.¹⁷⁹ Na Áustria, por exemplo, a Corte Constitucional tem o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma data posterior à publicação de seu pronunciamento, contanto que este diferimento não ultrapasse o período de um ano.¹⁸⁰

Considera Daniel Sarmiento que, na verdade, o intuito da eficácia *pro futuro* foi impedir que a expurgação da norma inconstitucional gerasse

¹⁷⁷ STF, RE n.º 266.944-6/SP, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Brasília, 31 mar. 2004 (*grifo nosso*). Ressalte-se que no seu voto o Ministro Corrêa não se referiu ao artigo 27 da Lei n.º 9868/99, mas apenas argumentou que “A declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por este órgão sob o manto presuntivo da legitimidade.

Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão-somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica.

Ante essas circunstâncias, conheço do recurso extraordinário e lhe dou parcial provimento para, reestabelecendo em parte a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica 226, de 31/03/90, do Município de Mira Estrela – SP, e determinar à Câmara Legislativa que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores.”

¹⁷⁸ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 501.

¹⁷⁹ Neste sentido, encontram-se Daniel Sarmiento e Regina Maria Ferrari (SAMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 127 e 128; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 300, 301 e 331).

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 116.

um vácuo legislativo, vez que este pode se revelar mais danoso à ordem constitucional do que a manutenção provisória do diploma legal censurado

“Assim, ao fixar um momento, no futuro, a partir do qual a norma perderá eficácia, o STF confere aos órgãos legiferantes competentes a possibilidade de colmatar, em tempo hábil, a lacuna criada pelo exercício do controle de constitucionalidade, impedindo a produção de efeitos que poderiam ser altamente ofensivos a interesses e valores constitucionalmente amparados. Portanto, e tendo em vista a absoluta excepcionalidade desta modalidade de decisão, não há porque conceder-se prazo superior àquele necessário para que um legislador diligente edite a norma cabível. Um parâmetro útil pode ser inferido dos prazos para tramitação dos projetos de lei em regime de urgência (art. 64 da Constituição). De qualquer forma, nada justifica que se retarde por mais de seis meses os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade.”¹⁸¹

Para Regina Maria Ferrari, igualmente, não há necessidade de se estabelecer prazo superior àquele necessário para a atividade legislativa, podendo-se utilizar como parâmetro o prazo do artigo 64 da Constituição.¹⁸²

Alexandre de Moraes entende, ao contrário, que há aqui uma limitação de ordem lógica, tendo o STF que escolher, como termo inicial da produção de efeitos, qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. “Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para a produção de efeitos da decisão data posterior à publicação da decisão no *Diário Oficial*, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos.”¹⁸³

7.2. Segurança jurídica e excepcional interesse social

Para que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fixe-os para depois do trânsito em julgado ou outro momento qualquer, deverá cumprir pressupostos de cunho formal e material, quais sejam: (i) voto da maioria de dois terços dos seus membros; e (ii) razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, respectivamente.

Os pressupostos materiais constituem conceitos jurídicos indeterminados, isto é, não possuem um único significado, identificado de

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 128.

¹⁸² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 331.

¹⁸³ MORAES. Alexandre. Op. Cit., p. 679.

plano.¹⁸⁴ O seu conteúdo terá que ser definido caso a caso, de acordo com a realidade concreta que será indiretamente atingida pela decisão no controle abstrato.

Desta nuance decorre a necessidade do Supremo discorrer minuciosamente sobre o que o levou a modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao invés de seguir a regra geral da eficácia retroativa. Assim, não bastará alegar que a restrição dos efeitos se deu por motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, haja vista a vaguidade destes institutos. Terá também a Corte que precisar o que significa segurança jurídica ou excepcional interesse social naquela decisão.

Não obstante o disposto, podem ser traçadas linhas gerais do que venham a ser as expressões em tela. Com efeito, a segurança jurídica é um princípio basilar do próprio Estado de Direito, posto que o Direito existe justamente para assegurar a promoção dos direitos e deveres garantidos nas cartas legislativas.

Nesse sentido, ensina a professora Regina Maria Ferrari que “A idéia de segurança jurídica está ligada à concepção de Estado de Direito, isto é, com a noção de que em um determinado estado, a lei nasce por todos e para todos e submete a todos, inclusive aos governantes, ao Poder Público, ou seja, a legitimidade do exercício do poder repousa na legalidade, na sua juridicidade, porém, não basta para que a segurança jurídica esteja protegida a simples submissão à lei, é necessário que as leis decorram da vontade livre do povo representada no Legislativo e que o Judiciário seja composto por juízes independentes, “que não temam contrariar, com suas decisões, o interesse do Estado”.”¹⁸⁵

Dessa forma, a segurança jurídica consubstancia-se na certeza do direito, mais especificamente, na certeza do direito que é sentimento de toda uma sociedade e não apenas de um indivíduo isolado, de forma que a sua violação compromete toda a ordem social subjacente àquele sistema jurídico. Em nome da segurança jurídica, a decisão no controle abstrato não poderia ter eficácia retroativa quando esta importasse em desconstituição de direitos adquiridos ou assegurados de tal monta que a própria estabilidade social ficasse seriamente abalada.

¹⁸⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit. p. 304

¹⁸⁵ Ibid. p. 306.

Paulo de Barros Carvalho, todavia, diferencia o princípio da certeza do direito do princípio da segurança jurídica. Quanto ao primeiro, expõe o brilhante autor que “Trata-se, na verdade, de um sobreprincípio que está acima de todos os primados e rege toda e qualquer porção da ordem jurídica. Como valor supremo do ordenamento, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja. A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do *dever-ser*, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica. (...)”

Não há por que confundir o cânone da *certeza do direito* com o da *segurança jurídica*. Aquele é atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com *sentido deôntico*; este último é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado.”¹⁸⁶

Note-se que a manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade, seja por razões de segurança jurídica, seja por razões de excepcional interesse social, só deve ser feita quando estritamente necessária. Inclusive, Jorge Miranda, ao comentar o artigo 282 da Constituição portuguesa, que também permite a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional por motivos de segurança jurídica equidade ou interesse público de excepcional relevo, ressalta que

“Por um lado (consoante se lê num dos acórdãos), se, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma com força obrigatória geral, o Tribunal contribui para o reequilíbrio do sistema jurídico, ao mesmo tempo, e quase paradoxalmente, o exercício dessa competência constitui um factor de incerteza e insegurança. Assim, a limitação de efeitos surge como um meio de atenuar os riscos da incerteza e insegurança, consequentes, em princípio, à declaração de inconstitucionalidade.

Mas, por outro lado, não basta para justificar a limitação de efeitos que a declaração de inconstitucionalidade envolva alguma incerteza para o mundo do direito e para a vida social dele dependente. Essencial será que a investida contra a segurança jurídica resultante de inconstitucionalidade seja de grau elevado. Dado o seu carácter necessariamente excepcional, qualquer limitação de efeitos de uma declaração deve ser ela mesma reduzida ao estritamente necessário para salvaguarda dos valores mencionados no art. 282.º.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. p. 90 e 91.

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 504.

Quanto à expressão “excepcional interesse social” constante do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, seu significado pode ser entendido como um *interesse público estritamente necessário*. Isto porque o interesse social, ou seja, do conjunto social nada mais é do que o denominado interesse público.

Consoante Diogo de Figueiredo, interesse público pode ser conceituado como “... *interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada.*”¹⁸⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, ensina que o interesse público constitui o interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, e não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Acrescenta ele que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem como partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, sendo este último o que chamamos de interesse do todo ou interesse público. Assim, conceitua Bandeira de Mello o interesse público como “... *o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*”¹⁸⁹

Destarte, sustenta o autor que o interesse público não equivale exclusivamente ao interesse do Estado. Reconhecido que o interesse público corresponde à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, conjunto dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, o Estado e as pessoas de Direito Público são meros depositários do interesse público. Por outro lado, o Estado, tal como os particulares, é também uma pessoa jurídica, que existe e convive no universo jurídico em concorrência

¹⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre Limites e Controle da Discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 13.

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 50 a 53.

com todos os demais sujeitos de direito, possuindo, pois, interesses que lhe são particulares. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado. No entanto, o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos, só poderá defender seus próprios interesses privados quando, não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos e coincidam com a realização deles, sendo, na verdade, instrumentos ao interesse público.¹⁹⁰

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, igualmente, “... não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão interesse público, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a *indisponibilidade* do interesse público.”¹⁹¹

Ademais, o interesse público não equivale aos interesses políticos das maiorias momentâneas que estão no poder, cabendo ao STF preservar a vontade do povo revelada pelo Poder Constituinte originário através da Lei Maior.

Nesse sentido, a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade não pode decorrer de *razões de Estado*. É certo que a valoração do excepcional interesse social é de certa forma política, envolvendo juízos de conveniência e oportunidade, todavia, não se confunde com os interesses do Estado como pessoa jurídica ou como órgão político.

Será de interesse público, ao revés, a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Carta Magna.¹⁹²

Zeno Veloso atenta para este aspecto, destacando que “Com o fito de evitar excessos e não ensejar que algumas decisões radicais acabem por causar mais danos e inquietações do que benefícios e vantagens no organismo social, uma atuação normativa do Tribunal, ao exercer o controle da constitucionalidade, é justificável, desde que, por sua vez, não incorra em outro excesso – talvez maior – o de prender-se em considerações exclusivamente políticas, desertando de seu papel fundamentalmente jurídico. O Tribunal Constitucional, até por ser o guardião da supremacia da Constituição, tem de agir como um servo do Direito e não da política, usando-se o vocábulo, aqui, em seu significado menos nobre. Portanto, ao impor limitações aos efeitos retroativos de suas

¹⁹⁰ Ibid. p. 53 a 57.

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 163.

¹⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 60.

sentenças de inconstitucionalidade, ou ao determinar o alcance de tais efeitos, deve atuar com extremo cuidado e circunspeção.”¹⁹³

7.3. A ponderação de interesses na manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade

Pode-se afirmar que o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 trouxe a possibilidade do Supremo Tribunal Federal realizar uma *ponderação de interesses*, eis que esta corte poderá manipular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de acordo com o princípio constitucional que julgar deva prevalecer.

Com efeito, tem-se, de um lado, o *princípio implícito da nulidade* da lei inconstitucional, e, do outro, eventuais *interesses de estatura constitucional*, que estão compreendidos dentro da genérica alusão a “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”¹⁹⁴

Assim, via de regra a decisão declaratória de inconstitucionalidade retroagirá para desconstituir os efeitos produzidos pela lei inconstitucional desde a sua entrada em vigor, haja vista o princípio da supremacia da Constituição, cujo corolário é o princípio da nulidade das leis inconstitucionais. Todavia, podem existir hipóteses em que a incidência do princípio da nulidade represente uma grave violação a interesses igualmente constitucionais, como a coisa julgada, a boa-fé, a segurança jurídica, dentre outros, cabendo ao Supremo exercer um juízo de ponderação sobre qual valor constitucional deverá prevalecer, de acordo com a repercussão de sua decisão, de eficácia *erga omnes* e vinculante, na sociedade.

A ponderação de interesses consiste em um método utilizado para a resolução de conflitos caracterizados pela colisão entre dois ou mais princípios constitucionais incidentes em um caso concreto.¹⁹⁵

¹⁹³ VELOSO, Zeno. Op. Cit., p. 189.

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 136.

¹⁹⁵ Id., *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. p. 97 a 99.

Ensina Daniel Sarmiento que, diante da constatação de que determinada hipótese é tutelada por dois princípios constitucionais que apontam para soluções divergentes, deve o intérprete, à luz das circunstâncias concretas, impor “compressões” recíprocas sobre os interesses protegidos, objetivando lograr um ponto ótimo, em que a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.¹⁹⁶

Nesse sentido, expõe o autor que “... o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. O grau de compressão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto.”¹⁹⁷

Por outro lado, na ponderação deverá haver observância do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, isto é, “... (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.”¹⁹⁸

Nesse contexto, ganha ainda maior importância a fundamentação da decisão declaratória de inconstitucionalidade, vez que a manipulação dos efeitos temporais pelo Pretório Excelso obedecerá a critérios subjetivos, decorrentes do juízo de ponderação desta Corte.

Daniel Sarmiento, inclusive, aponta para esse dado, registrando que “... a motivação assume uma relevância especial no caso de decisões judiciais que realizem ponderações de interesses, já que estas envolvem uma operação muito mais complexa do que a simples subsunção, na qual a subjetividade do julgador ganha um peso marcante.”¹⁹⁹

Luís Roberto Barroso segue na mesma trilha, acrescentando que “O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação.”²⁰⁰

¹⁹⁶ Ibid. p. 102.

¹⁹⁷ Ibid. p. 104.

¹⁹⁸ Ibid. p. 104 e 105.

¹⁹⁹ Ibid. p. 119.

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 362.

Esta argumentação, segundo o mesmo autor, ganha papel ainda mais importante em caso de interpretação constitucional, face aos conceitos abertos e indeterminados do texto da Lei Maior

“Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.”²⁰¹

De fato, cumprirá à Corte Suprema discorrer minuciosamente sobre as razões que a levaram a excepcionar o princípio da nulidade da lei inconstitucional, e, ademais, indicar qual o bem constitucional específico ela pretende proteger. Não basta revelar que a manipulação dos efeitos temporais se deu por motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social, já que estes institutos constituem conceitos jurídicos indeterminados, devendo estar expresso qual interesse constitucional, naquele caso, é fator de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

²⁰¹ Ibid. p. 367.

8. Limites à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade

A eficácia retroativa da decisão que declara a inconstitucionalidade, conforme analisado, decorre do próprio princípio da supremacia da Constituição, eis que não pode ser reconhecido nenhum efeito à lei inconstitucional, sob pena de se negar vigência à Carta Política.

Tal retroatividade, entretanto, por vezes, implica em violação a outros princípios do ordenamento jurídico, notadamente, quando a declaração de inconstitucionalidade vem a se dar muito tempo depois de a lei inconstitucional ter entrado em vigor. É o que ocorre com sentenças transitadas em julgado e fundamentadas em lei inconstitucional, ou que consideraram inconstitucional lei posteriormente reconhecida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Sustentam Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento que a coisa julgada constitui limite à retroatividade da decisão declaratória de inconstitucionalidade, vez que a proteção da coisa julgada também goza de hierarquia constitucional (art. 5º, XXXVI, CF/88).²⁰²

Consoante Gustavo Tepedino e Alexandre Câmara, a coisa julgada é uma garantia constitucional e, ainda mais que isso, um direito fundamental.²⁰³

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p. 167; SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 115.

²⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 141. Leciona Tepedino que “A invencibilidade da coisa julgada decorre das garantias individuais tuteladas, como cláusula pétrea, pelo constituinte. Cuidando-se, ao revés, de pessoa jurídica de direito público, nota-se que tais garantias constitucionais não poderiam ser invocadas, pela evidente diversidade de *ratio* que inspira a proteção individual (do cidadão em relação ao Poder Público, não já daquele em face deste).

Rege o Poder Público, fundamentalmente, o princípio da legalidade a que está adstrita a administração pública, princípio que a um só tempo tutela e limita a atividade estatal (art. 37, CF).

Não resta dúvida quanto à possibilidade de os entes públicos fazerem valer, judicialmente, os efeitos produzidos por atos jurídicos perfeitos e por decisões judiciais que lhes favoreçam.

Todavia, a matéria não merece tutela constitucional (engendrada exatamente para a proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado legislador), sendo deferido ao Estado, através de sua atividade legislativa, o poder de alterar, reduzir ou suprimir, em favor do contribuinte, direitos

Argumenta Alexandre Câmara que esta conclusão decorre do estabelecido no *caput* do artigo 5º da Lei Maior, bem como do inciso XXXVI do mesmo dispositivo constitucional. “Este dispositivo não tem, a meu sentir, o alcance limitado que a ele se vem atribuindo. Ao afirmar a Constituição que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, não se está apenas assegurando o princípio da irretroatividade das leis. Sustentar isto implica, a meu ver, ler a Constituição à luz da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo art. 6º estabelece que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ora, não se deve ler a Constituição à luz da norma infraconstitucional, mas exatamente o contrário!”²⁰⁴

Este raciocínio vem de encontro à tese levantada por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, segundo a qual a Constituição Federal de 1988 não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada, muito menos quanto aos aspectos envolvendo sua inconstitucionalidade. No artigo 5º, XXXVI, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto da decisão judicial não mais sujeita a recurso, como garantia dos jurisdicionados. Trata-se de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova. “Daí a noção de intangibilidade da coisa julgada no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.”²⁰⁵

Desta sorte, para eles, que entendem que a coisa julgada não é uma garantia constitucional, não haveria confronto entre princípios constitucionais. “A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem dominando *coisa julgada inconstitucional*.”²⁰⁶

Nesse sentido, destacam Humberto Theodoro e Juliana Faria que todos os atos do poder público, incluindo os jurisdicionais, são inválidos se desconformes à Constituição. Assim, embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial inconstitucional é nulo, sendo-lhe aplicáveis os princípios que regem os atos jurídicos inconstitucionais.²⁰⁷

de que é titular.” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 453).

²⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da Coisa Julgada Material*. p. 143 e 144.

²⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 88 e 89.

²⁰⁶ Ibid. p. 89 e 90.

²⁰⁷ Ibid. 97 e 98.

Não obstante a plausibilidade da teoria desenvolvida por estes dois autores no que diz respeito a invalidade do ato judicial violador da Constituição, não há no ordenamento jurídico brasileiro mecanismo expressamente previsto para efetuar o controle da coisa julgada inconstitucional.

Por outro lado, a tese de que a garantia à coisa julgada não detém estatura constitucional é absolutamente contra o que dispõe expressamente a Carta Magna, sobretudo, quando o artigo que traz a intangibilidade da coisa julgada encontra-se no capítulo de direitos e garantias fundamentais. Não se pode, dessa forma, ignorar a redação e sistemática disposta pelo Poder Constituinte e inferir que a proteção da coisa julgada tem *status* infraconstitucional.

Trata-se, novamente, de uma típica ponderação de interesses, tendo-se, de um lado, a coisa julgada e, do outro, um direito constitucional que foi desrespeitado por decisão fundamentada em lei inconstitucional.

Note-se, todavia, que a coisa julgada não é só uma garantia constitucional, mas um direito fundamental, garantido, inclusive, por cláusula pétrea (art. 5º, XXXVI, c/c art. 60, § 4º, IV, CF), razão pela qual na ponderação de interesses deverá preponderar, de plano, sobre direitos que não sejam fundamentais.

Tecnicamente, não há hierarquia entre as normas constitucionais, o que ocorre é que, pela própria sistemática da Constituição e pelos objetivos por ela traçados, resta claro que todo o Texto Maior foi construído de forma a realizar os direitos e garantias fundamentais, sendo os princípios e as regras a estes atinentes de valor superior a quaisquer outros.

Daniel Sarmento, inclusive, assim se manifesta ao elucidar que “É verdade que as Constituições não costumam conter uma escala rígida de interesses ou valores, não havendo, no sentido técnico, uma hierarquia entre as normas constitucionais. Isto, porém, não significa que a Lei Fundamental empreste a mesma relevância a todos os interesses que se abrigam sob o seu pálio.”²⁰⁸

Nesse sentido, explica o autor que o *peso genérico* conferido pela ordem constitucional indicará o *peso específico* de cada princípio, no caso

²⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. p. 103.

concreto, quando da ponderação de interesses, devendo-se levar em conta, ademais, para efeitos do cálculo do último, a intensidade com que os interesses estão sendo afetados.²⁰⁹

Ultrapassada esta primeira discussão, surge a indagação acerca de como impugnar a coisa julgada inconstitucional, já que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum mecanismo expressamente previsto para efetuar o controle da coisa julgada inconstitucional.

A Constituição Federal, em seu artigo 102, I, *a*, refere-se, apenas a lei ou ato normativo, razão pela qual entende-se que o controle de constitucionalidade somente é exercitável sobre esta natureza de atos.

Porém, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada através de ação rescisória, face ao preceituado no artigo 485, inciso V, do CPC.

Com efeito, já afirmou o STF que “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.”²¹⁰

O Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, se pronunciou diversas vezes no sentido de ser cabível a desconstituição, pela ação rescisória, de coisa julgada inconstitucional, *in verbis*:

“Um juízo acerca da conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a *validade* da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue vigência supõe lei *válida*. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional.

A hipótese é de ofensa à Constituição, e não de violação à lei. Declarando inconstitucional lei conformada ao texto constitucional, o julgado aplica a Constituição, equivocadamente. É preciso que isso fique claro: a sentença que aplica lei *inconstitucional* tem a mesma natureza daquela que deixa de aplicar lei *constitucional*, lesando em ambos os casos a Constituição.”²¹¹

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, CPC. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO

²⁰⁹ Ibid. p. 103 e 104.

²¹⁰ STF, RMS n.º 17.976/SP, Rel. Ministro Amaral Santos, Brasília, 13 out. 1968.

²¹¹ STJ, REsp n.º 128.239/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Brasília, 06 nov. 1997.

TRIBUNAL FEDERAL, DE PRECEITO LEGAL NO QUAL SE LOUVARA O ACÓRDÃO RESCINDENDO.

Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que “deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna”.

Ação procedente.”²¹²

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. PRESENÇA. SÚMULA 7/STJ. AFASTAMENTO. LEI ESTADUAL Nº 1.016/87. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. ADMISSIBILIDADE.

O recurso satisfaz os requisitos necessários à admissão, estando prequestionada a matéria versada no presente instrumento.

O exame da pretensão do recorrente não passa pela análise fático-probatória, pois todos os fatos relevantes ao deslinde da causa estão definidos e delimitados nos autos, tais como a existência da coisa julgada, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso da norma, e a suspensão da eficácia da Lei pelo Senado.

Não há controvérsia quanto à inconstitucionalidade da Lei estadual nº 1.016/87, estando inclusive em sintonia com a jurisprudência desta Corte.

Súmula 681: “*É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.*”. (STF)

Este Superior Tribunal de Justiça tem sufragado a admissão da ação rescisória fundada em violação de literal dispositivo de Lei quando a norma em que se fundou a decisão rescindenda foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Precedentes.

Recurso provido com o retorno dos autos à Corte *a quo*.”²¹³

Para Alexandre Câmara a coisa julgada é uma garantia constitucional. “Isto, porém, não implica afirmar que a mesma seja absoluta. Nem mesmo as garantias constitucionais são imunes à relativização. (...) Assim é que diante de um conflito entre valores constitucionais, está o intérprete autorizado a afastar o menos relevante para proteger o mais relevante, o que fará através de uma ponderação de interesses em disputa.”²¹⁴

Porém, ressalta o autor que não se pode admitir a relativização diante de uma mera alegação de injustiça da sentença, sob pena de desaparecer a segurança jurídica e a estabilidade representada pela coisa julgada. “Por tal razão, entendo que apenas no caso de se ter algum fundamento constitucional é que será possível reapreciar o que ficou decidido pela sentença transitada em julgado. Dito de outra maneira, apenas no caso de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado será possível relativizar-se a coisa julgada.”²¹⁵

Alexandre Câmara reconhece a ação rescisória (art. 485, V, CPC) como mecanismo processual de rediscutir a coisa julgada inconstitucional.

²¹² STJ, AR n.º 870/PE, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Brasília, 13 dez. 1999.

²¹³ STJ, REsp n.º 627.999, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Brasília, 16 jun. 2005.

²¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da Coisa Julgada Material*. p. 144.

²¹⁵ *Ibid.* p. 145 e 146.

Ademais, cita o autor os embargos do executado (art. 741, CPC), a exceção de pré-executividade e a *querela nullitatis* como meios de rever a coisa julgada inconstitucional, além da possibilidade da nulidade da sentença transitada em julgado ser suscitada *incidenter tantum*.²¹⁶

Em recente julgado, o STJ manifestou-se a favor da inovação consubstanciada no artigo 741, parágrafo único, CPC:

“6. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

7. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

8. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

9. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.

10. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC.”²¹⁷

Asseveram Humberto Theodoro e Juliana Faria que a admissibilidade da ação rescisória para a impugnação da coisa julgada inconstitucional não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo que, ultrapassado o prazo de dois anos para sua propositura, impossível o seu desfazimento. Defendem os autores, pois, que, em caso de coisa julgada inconstitucional, a ação rescisória não estará sujeita a prazo algum. Por outro lado, os tribunais “... não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a

²¹⁶ Ibid. 147 a 151.

²¹⁷ STJ, REsp n.º 721808, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, 01 set. 2005.

qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.”²¹⁸

Expõe Luís Roberto Barroso que, em caráter extremamente excepcional, se reconhece a possibilidade de desfazimento da coisa julgada via ação rescisória, sem que haja respeito ao prazo de dois anos. “É que o princípio da segurança jurídica, como os princípios em geral, não tem caráter absoluto. É possível cogitar, portanto, da necessidade de fazer sua *ponderação* com outros princípios de igual estatura, como o da justiça ou da moralidade, mediante a utilização do princípio instrumental da razoabilidade-proporcionabilidade. Essa será, no entanto, uma situação excepcionalíssima. Até porque a coisa julgada, como já mencionado, é uma *regra* de concretização de um princípio (o da segurança jurídica), o que reduz a margem de flexibilidade do intérprete. Somente em situações–limite, de quase-ruptura do sistema, será legítima a superação da garantia constitucional da coisa julgada.”²¹⁹

Octavio Campos Fischer, por sua vez, reconhece que não se pode minar imprudentemente a autoridade da coisa julgada ou transgredir o que a seu respeito assegura a Constituição, posto que, do contrário, “... estaríamos possibilitando que a busca de uma *solução considerada justa pela parte interessada (e, portanto, supostamente constitucional)* fosse levada a efeito indiscriminadamente, em prejuízo de um mínimo de segurança jurídica requerida pelo ordenamento jurídico.”²²⁰

Todavia, considera o autor que é possível a aplicação da teoria da *coisa julgada inconstitucional*, e como requisito indispensável para tanto necessária é a existência de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à decisão que transitou em julgado e da qual não mais cabe ação rescisória. “Neste particular, podemos inclusive dizer que é irrelevante se a decisão do Supremo Tribunal Federal, considerando constitucional ou inconstitucional determinada norma, aparecer antes ou depois da decisão judicial que se procura revisar. Também, é irrelevante se essa decisão do Supremo Tribunal Federal decorrer do controle difuso ou abstrato de constitucionalidade.

Importa sim prestar atenção para o fato de que, a relativização da coisa julgada, possibilitando a sua revisão após o decurso do prazo para a ação rescisória, deve estar em consonância com os demais valores constitucionais.” Em outras palavras, entende o ilustre professor que, diante de um direito fundamental, o vetor hermenêutico deve apontar para a necessidade de lhe conferir prevalência, conforme se deduz da sistemática da Constituição, já que a hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais formam um binômio inseparável.²²¹

Cumprido destacar, por fim, que, no plano do direito penal, não há prazo para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, haja vista as características da revisão criminal.

²¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Op. Cit., p. 100 a 102. Observam os autores que a introdução do parágrafo único do artigo 741 do CPC, pela Medida Provisória n.º 2.180/2001, tornou norma expressa a teoria por eles sustentada de relativização da coisa julgada inconstitucional, eis que tornou inexigível o título judicial consubstanciado em sentença fundamentada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF ou em aplicação ou interpretação incompatível com a Constituição.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. p.172 e 173.

²²⁰ FISCHER, Octavio Campos. Op. Cit., p. 289

²²¹ Ibid. p. 290 e 291.

Com efeito, assevera Daniel Sarmento que “Na seara penal, porém, tal limitação não se aplica em desfavor do réu, uma vez que a lei não assinala nenhum prazo fatal para a propositura da revisão criminal. Ademais, em se tratando de inconstitucionalidade de norma penal incriminadora, esta poderá ser reconhecida até de ofício, pelo juiz da execução da pena, ou ainda suscitada em sede de *habeas corpus*, já que desnecessária qualquer dilação probatória.”²²²

Clèmerson Clève adota o mesmo entendimento, concluindo que “A coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade. É necessário, porém, excluir desse temperamento a coisa julgada das sentenças penais baseadas em norma penal desfavorável, pois a revisão criminal pode ocorrer, no direito brasileiro, a qualquer momento.”²²³

Regina Maria Ferrari, por sua vez, lembra que “... não retroage a decisão que tenha conteúdo menos favorável, só a que propicia tratamento mais brando”, tendo em vista o artigo 5º, XL, CF/88. “Tal posicionamento implica, também, o universo da fiscalização de constitucionalidade, isto é, declarada a inconstitucionalidade de certa norma penal e se, em decorrência disto, for reprimada lei de conteúdo mais favorável, esta é que deverá ser aplicada, mesmo que já tenha havido sentença condenatória com trânsito em julgado.

Nessa hipótese, caberá, também a revisão da condenação criminal transitada em julgado, baseada em lei inconstitucional. De igual modo, se em face dessa condenação o sentenciado estiver preso, terá lugar o *habeas corpus* para garantir, imediatamente, a sua liberdade, ...”²²⁴

²²² SARMENTO, Daniel. *A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade*. p. 116.

²²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin Clève. Op. Cit., p. 169.

²²⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. Cit., p. 349 e 351.

Conclusão

Nas preciosas palavras de Mauro Cappelletti, “... o engenho criativo do homem descobriu, precisamente na justiça constitucional, o instrumento mais refinado, mais aperfeiçoado, embora sujeito, como todos os instrumentos humanos, a erros, variações, defeitos. Refletindo as características da norma constitucional, para cuja atuação concreta ela deve velar, a justiça constitucional, através de uma interpretação acentuadamente discricionária (mas nem por isto arbitrária), se faz *jurisdição de equidade constitucional*, confiada a um “órgão soberano”, composto de juízes independentes e imparciais, voltados para a *humanização daquele Absoluto*, para a *concretização daqueles supremos valores* que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das Constituições, seriam fria e estática irrealidade. A justiça constitucional expressa, em síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser da “Leis Fundamentais”.²²⁵

Com efeito, a jurisdição constitucional, cuja expressão maior é o controle de constitucionalidade, veio para realizar e garantir os valores preceituados e objetivados pela Carta Magna.

Guiado pelo princípio da supremacia da constituição, o controle de constitucionalidade busca concretizar a pretensão de força normativa da Constituição, cuidando para que os atos normativos ordinários a respeitem.

Ocorre que a Constituição não é composta apenas pelas regras e princípios expressos em seu texto. Há princípios implícitos e que podem ser identificados pelo fato de pertencerem à ordem de valores constitucionais.

Assim, o controle de constitucionalidade busca concretizar não só o texto constitucional, mas também os valores constitucionais, que, na verdade, representam as aspirações da sociedade e do Estado Democrático de Direito. Proteger a Constituição é mais do que proteger o texto superior do ordenamento jurídico, é proteger o Estado Democrático de Direito na exata forma almejada pelos valores constitucionais radicados pelos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana, notadamente em se tratando da Constituição Federal de 1988 que, pela sua redação e sistemática, revela o objetivo de construir um Estado democratizado em torno dos direitos fundamentais do homem.

Este caráter aberto e principiológico, quando conjugado com o aspecto compromissório da Constituição Federal de 1988, torna a

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 130 e 131,

hermenêutica constitucional ainda mais complexa e embutida de ponderações por parte do intérprete.

A subjetividade na interpretação dos valores protegidos constitucionalmente confere ao papel do Tribunal Constitucional um tom de discricionariedade, o que não significa a arbitrariedade.

É exatamente isto que ocorre no que diz respeito à fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando terá o Supremo Tribunal Federal que ponderar os interesses constitucionais envolvidos, de modo a proferir decisões atentas à Carta Maior, mas sem descuidar dos reflexos práticos produzidos no seio da sociedade.

Nesse sentido, o princípio da supremacia da Constituição indica o efeito retroativo da decisão que declara a inconstitucionalidade, sendo a lei inconstitucional nula *ab initio*. Ademais, com o efeito retroativo realiza-se o princípio da isonomia de tratamento entre os jurisdicionados. Todavia, por vezes, tal efeito implica no desrespeito a outros interesses constitucionais, tais como, a segurança jurídica e a boa-fé. Acrescente-se que há certas hipóteses em que os efeitos produzidos pela lei inconstitucional já não podem ser desconstituídos, sendo certo, pois, que a realidade dos fatos não pode ser ignorada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função é de guardião da Constituição e da sociedade subjacente.

Dessa forma, tornou-se inviável o dogma absoluto da nulidade das leis inconstitucionais, fazendo-se necessária a flexibilização do princípio da nulidade, de forma a permitir que o Supremo realize, excepcionalmente, uma ponderação de interesses constitucionais.

É o que preceitua o artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, não obstante as críticas tecidas a seu desfavor no que tange à constitucionalidade da introdução do seu conteúdo via lei ordinária, bem como ao *quorum* que passou a ser exigido para a realização da manipulação dos efeitos.

O problema que envolve este dispositivo não é a possibilidade de flexibilização dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, haja vista que este temperamento já vinha sendo exercido pela Corte há

muito tempo, com base, inclusive, na doutrina e nas experiências de outros países. Além disso, não se trata de aplicar a regra da Lei n.º 9.868/99 em detrimento ao princípio da nulidade de estatura constitucional, e sim ponderar este princípio com outros interesses constitucionais englobados na expressão “segurança jurídica ou excepcional interesse social”.

O que gera desconfiança acerca do dispositivo é que a amplitude do poder por ele conferido ao STF resulte na violação do *princípio da separação dos poderes* e em decisões fundamentadas em *razões de Estado*.

Argumenta-se que, diante da capacidade de manipulação dos efeitos da inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso, este Órgão deixaria o seu papel de “legislador negativo” para assumir o de “legislador positivo”, o que ofende o princípio da separação de poderes.

No entanto, não entendemos assim. De fato, a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade não constitui mero juízo de exclusão de normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, tornando-as nulas *ab initio*, mas, ao revés, envolve uma valoração por parte do Tribunal Constitucional sobre qual interesse constitucional deverá prevalecer: se o princípio da nulidade ou se outro interesse constitucional representado pela segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Porém, não está a Corte, neste caso, substituindo a valoração legislativa pela sua, e sim protegendo valores constitucionais de acordo com o que indica a própria Constituição.

Tecnicamente, não há hierarquia entre as normas constitucionais, entretanto, pela própria sistemática, redação e objetivos da Carta, restam evidentes quais valores constitucionais devem prevalecer sobre outros.

Por outro lado, na atualidade, o princípio da separação não se opõe à atividade criativa do juiz na prestação da jurisdição, sobretudo, após a construção do instituto do controle de constitucionalidade, face à necessidade de o Poder Judiciário realizar a força normativa da Constituição, concretizando os direitos e garantias fundamentais.

No que tange às *razões de Estado*, cumpre asseverar que o controle de constitucionalidade envolve um certo grau de política, haja vista a própria natureza das normas constitucionais. O que não se pode admitir é que as decisões do Supremo sejam motivadas por interesses políticos das maiorias que estão momentaneamente no poder.

Ressalte-se, por fim, que os requisitos materiais para a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade não poderiam ser objetivos, determinados. Eles têm que constituir conceitos jurídicos indeterminados, como o são a *segurança jurídica* e o *excepcional interesse social*, de modo a indicar que tal manipulação é um desvio da regra geral e deve ser feita somente diante da necessidade de se privilegiar valores constitucionais maiores que o princípio da nulidade das leis inconstitucionais, de acordo com as peculiaridades da realidade jacente. Com efeito, a ponderação dos diversos interesses constitucionais só pode ser realizada à luz da conjuntura fática, não podendo ser pré-determinada, até porque, a rigor, não há hierarquia entre os valores constitucionais.

Por outro lado, a abertura desses conceitos está de pleno acordo com a hermenêutica constitucional, vez que a Constituição é um “living document”, sujeita às forças da realidade prática de seu tempo, mas que, em contrapartida, impulsiona essa mesma realidade, numa interação constante e dinâmica resultado da própria força normativa da Constituição.

Espera-se, apenas, que o Supremo Tribunal Federal permaneça fiel à sua função de garantidor da Carta Magna e não sucumba às razões de Estado diante do poder discricionário que lhe foi conferido.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 427 p.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 299 p.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed. São Paulo: Renovar, 2003. 369 p.

BINENBOJM, Gustavo. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nos 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 139 –164.

_____. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumento de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 260 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 806 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. 515 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nos 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *A Coisa Julgada no Controle Direto da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. 3-20 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 127 - 154.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. 1522 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed., reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 142 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. 374 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis n^{os} 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 39-99.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 297 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. 180 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 539 p.

FISCHER, Octavio Campos. *Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 378 p.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000. 427 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. 357 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 1008 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. 375 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade*. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1996. 546 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. 918 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre Limites e Controle da Discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. 103 p.

SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 101-139.

_____. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. 220 p.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. e 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 277 p.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 878 p.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 519 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 72-126.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 413 p.