

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional

Juliana Paiva dos Santos

A (in)constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº
9.868/99

Brasília – DF
2009

Juliana Paiva dos Santos

**A (in)constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº
9.868/99**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF
2009

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que introduziu a possibilidade do Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A constitucionalidade deste dispositivo é controvertida, com processo de impugnação em curso no Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento final ainda está pendente.

Abstract: This work concerns about the constitutionality of the article 27 of the Law nº 9.868/99, which preview the possibility of the Brazilian Supreme Court to restrict the effects of the unconstitutionality decision. In fact, the constitutionality of the article 27 is controversial. This article is being object of Supreme Court judgment of constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	6
1.1. A Supremacia da Constituição	6
1.2. Conceito de Controle de Constitucionalidade	8
1.3. Atores no Controle de Constitucionalidade	13
1.3.1. Dos legitimados para propositura de ADI e ADC.....	16
2. DA NATUREZA DA NORMA INCONSTITUCIONAL	19
2.1. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle abstrato.....	19
2.1.1 Eficácia <i>erga omnes</i>	20
2.1.2 Eficácia vinculante para os tribunais.....	21
2.1.3 Efeito repristinatório	23
2.1.4 Eficácia temporal	25
2.2. Teoria da nulidade da norma inconstitucional	25
2.3. Teoria da anulabilidade da norma inconstitucional	29
3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI 9868	32
3.1 Previsão legal da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade	32
3.2 A controvérsia judicial sobre a constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99	35
3.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	38
3.4 A constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um dos maiores desafios da jurisdição constitucional e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, positivou a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, 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.

A doutrina, no entanto, questiona a possibilidade dessa modulação de efeitos, prevista no artigo 27 da referida lei, tendo em vista o princípio da Supremacia da Constituição e o postulado consagrado pela jurisprudência da nulidade da norma inconstitucional.

A importância dessa reflexão está na necessidade de se enfrentar o controle de constitucionalidade como um dos maiores desafios da jurisdição constitucional e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista esse cenário, o presente trabalho busca apresentar as diferentes teses existentes sobre o tema e discutir a constitucionalidade do artigo 27 Lei nº 9.868/99, à luz da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo trata do Controle de Constitucionalidade, seu fundamento, conceitos básicos e seu histórico no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo aborda a natureza da norma inconstitucional, discutindo os efeitos da decisão de inconstitucionalidade e as teorias fundamentais sobre a nulidade ou anulabilidade da norma inconstitucional.

Por fim, o terceiro e último capítulo trata da suposta inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, discorrendo sobre a previsão legal da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, antes e após a publicação da referida lei, e o cotejo entre as discussões doutrinárias e as construções jurisprudenciais sobre a modulação de efeitos.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. A Supremacia da Constituição

A Constituição é tida pela doutrina como a *lei fundamental do Estado*. Afastado o sentido sociológico, que a tem como “a soma dos fatores reais de poder”¹, Paulo Bonavides define Constituição como “o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana”².

Por seu caráter inicial e fundante do sistema jurídico, a Constituição assume posição hierárquica superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Assim, toda interpretação deve levar em conta o pressuposto de superioridade jurídica da Constituição em relação aos demais atos normativos. Luís Roberto Barroso afirma, desta feita, que “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”³.

De acordo com a teoria constitucionalista, o princípio da supremacia da Constituição possui dois fundamentos: a distinção entre poder constituinte e poder constituído e a diferença entre constituições rígidas e flexíveis.

A distinção entre poder constituinte e poder constituído foi formulada inicialmente pelo padre Emmanuel Joseph Sieyès, em sua obra *Qu'est-ce que le Tiers État?* e remota à idéia de que o poder constituinte não sofre qualquer restrição da ordem jurídica anteriormente constituída, sendo ilimitado na sua característica fundante. “Acima dele só existe o direito natural”⁴.

¹ Ferdinand Lassale *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 63.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 158.

⁴ Emmanuel Joseph Sieyès *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.*, p. 159.

Assim, o resultado do poder constituinte não é um *dado*, mas uma criação autônoma e insubordinada, contudo vinculante, ao poder constituído por ela como nova ordem jurídica.

Já questão da rigidez ou flexibilidade da Constituição está ligada ao processo legislativo para sua alteração.

Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma é idêntico àquele de elaboração da legislação ordinária, não havendo diferença formal entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional. Barroso chega a afirmar que essa categoria existe apenas como referencial histórico, já que “quase a totalidade dos regimes constitucionais adota o modelo de Carta escrita e rígida”⁵

A rigidez constitucional prevê um processo legislativo diferenciado para a elaboração e modificação de normas constitucionais. Nas palavras de José Afonso da Silva:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição ⁶

Desta feita, a rigidez constitucional caracteriza-se como a necessidade de um processo diferenciado e mais complexo para reforma da Constituição em relação àquele adotado para edição de leis infraconstitucionais.

Assim, colocada no vértice do sistema jurídico, a Constituição é fundamento de validade para as demais normas do ordenamento.

A doutrina da supremacia da Constituição é o primeiro princípio a ser levado em consideração para construção de um mecanismo de controle das normas infraconstitucionais, ponto que será abordado em seguida.

Importante salientar, por hora, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional brasileiro responsável pela guarda da Constituição, faz menção expressa ao princípio da supremacia da Constituição, como no voto do ministro Célio Borja, que resume os conceitos doutrinários básicos acerca do tema:

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 160.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

O princípio da supremacia da ordem constitucional – consectário da rigidez normativa que ostentam os preceitos de nossa Constituição – impõe ao Poder Judiciário, qualquer que seja a sede processual, que se recuse a aplicar leis ou atos estatais reputados em conflito com a Carta Federal.

A superioridade normativa da Constituição traz, ínsita em sua noção conceitual, a idéia de um estatuto fundamental, de uma fundamental law, cujo incontestável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva instituída pelo Estado.⁷

1.2. Conceito de Controle de Constitucionalidade

A função precípua do controle de constitucionalidade é garantir a conformidade entre as normas emanadas do legislador ordinário e aquelas prescritas pela Constituição.

De acordo com Alexandre de Moraes, controle de constitucionalidade é a verificação da “adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo, com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.⁸

Manoel Jorge e Silva Neto⁹ coloca em perspectiva histórica o surgimento do controle de constitucionalidade. Se o princípio da legalidade surgiu como instrumento de proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades do Poder Executivo, o controle de constitucionalidade se presta ao mesmo papel em relação ao Poder Legislativo, já que torna obrigatório observar as garantias fundamentais previstas na Constituição quando da elaboração da legislação infraconstitucional.

Para conferir aplicabilidade fática aos princípios e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição, faz-se necessário um mecanismo que garanta sua prevalência em relação às normas secundárias do sistema jurídico

⁷ RE 107.869, relator ministro Célio Borja, DJ de 21/08/1992.

⁸ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 535.

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Júris, 2007, p. 159

Hans Kelsen¹⁰ afirma que a inexistência de tal mecanismo retira a força normativa ou vinculante da Constituição, já que permite a qualquer norma infraconstitucional afastar sua aplicação no caso concreto que pretende regular.

Luís Roberto Barroso define o controle de constitucionalidade como a técnica de atuação da supremacia da Constituição¹¹.

Como paradigma de controle, a supremacia da Constituição se manifesta com prescrições imperativas de natureza formal e material. A prescrição *formal* está ligada ao fato de a Constituição ser a fonte primária da produção normativa, estabelecendo competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores.

Já as prescrições de natureza *material* subordinam toda a atividade normativa do Estado à conformidade com os princípios e regras da Constituição.

Quando há a inobservância, por parte do órgão do órgão legiferante, das prescrições formais e materiais, deflagra-se o mecanismo de proteção da Constituição chamado no Brasil de controle de constitucionalidade.

Sob essa perspectiva é que o sistema jurídico brasileiro conta com um aparato de controle de constitucionalidade que envolve os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como se descreve a seguir.

1.2.1 Histórico do Controle de Constitucionalidade no Brasil

A primeira Constituição brasileira, outorgada por D. Pedro I em 1824, não previa um sistema de controle de constitucionalidade.

Inspirada pelo pensamento constitucionalista do século XIX e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, a Constituição do Brasil Império previa a separação dos poderes, pois, de acordo com seu artigo 9º, “a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador

¹⁰ Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 29.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 162.

dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”¹².

No entanto, segundo Oswaldo Luiz Palu¹³, as circunstâncias históricas e políticas da outorga da Constituição imperial, que previa em seu artigo 98 o Poder Moderador como “a chave de toda organização política”, com poder para intervir nos demais poderes, não havia possibilidade de que a competência de controlar a constitucionalidade das leis fosse atribuída a outro órgão ou Poder.

Ainda assim, acreditando na forte influência do Poder Moderador sobre o Poder Legislativo, o artigo 15, n^{os} 8^o e 9^o previa como atribuição do Poder Legislativo “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição”¹⁴.

Com esse entendimento, a Constituição imperial proclamava a soberania do Parlamento, o único a quem cabia interpretar seus próprios atos. Pimenta Bueno ensina que, conforme esse raciocínio, não é possível dar a outro órgão a possibilidade de analisar a constitucionalidade das leis pois

O poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador¹⁵.

A primeira Constituição republicana, do ano de 1891, foi elaborada sobre forte influência do direito norte-americano, inclusive no que tange à possibilidade de controle de constitucionalidade das leis.

O responsável pela inovação no direito pátrio foi Rui Barbosa, que consolidava um amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade, segundo o qual aos juízes e tribunais federais competia, de acordo com o artigo 60, alínea a “processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

¹² SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=2&area=1&id=40>

¹³ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.120

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 229.

¹⁵ José Antonio Pimenta Bueno *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibid*, p. 230.

Ao Supremo Tribunal Federal cabia analisar, em última instância as sentenças das Justiças Estaduais

Quando se questionasse a validade o a aplicação de tratados ou leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas¹⁶.

Importante ressaltar que era consenso que o controle de constitucionalidade se daria unicamente no caso concreto, já que, nas palavras de Rui Barbosa “os tribunais não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos, nem para o legislador, nem para administração”¹⁷.

O texto constitucional promulgado em 16 de julho de 1934 trouxe várias inovações quanto ao controle de constitucionalidade.

O constituinte instituiu quorum da maioria absoluta dos juízes dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. Já a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal teria efeito *erga omnes* mediante ato do Senado Federal para suspender a execução, em todo em parte, de ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

A competência mais inovadora atribuída ao Supremo Tribunal Federal pelo constituinte de 1934 foi a de atuar nos conflitos federativos.

A Constituição Federal previa a intervenção federal quando ofendidos os chamados *princípios sensíveis*¹⁸. Nesse caso, o Congresso Nacional aprovava lei autorizando a intervenção federal, que deveria ser submetida pelo Procurador-Geral da República, na chamada *representação interventiva*, ao controle do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1937 representou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não alterasse o controle difuso de constitucionalidade, o artigo 96, parágrafo único, autorizava o Presidente da República a levar lei declarada inconstitucional à exame do Poder Legislativo. Assim rezava o dispositivo:

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 231.

¹⁷ Rui Barbosa *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibid*, p. 233.

¹⁸ Nomenclatura de Raul Machado Horta, citado por SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em:

<http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=2&area=1&id=40>

Art. 96.....

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

A Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Manteve a atribuição do Senado Federal de emprestar efeito *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal, restringindo-a, no entanto, à declaração de inconstitucionalidade de leis e decretos.

A nova Constituição trouxe, ainda, nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, primeiramente prevista na Constituição de 1934. Trata-se do novo modelo de representação interventiva, no qual o Procurador-Geral da República submetia ao Supremo Tribunal Federal o ato estadual que violasse determinados princípios estipulados na Constituição. Declarada a inconstitucionalidade do ato, estava autorizada a intervenção federal.

A semente do controle concentrado de constitucionalidade plantada na Constituição de 1934 com a representação interventiva floresceu com Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal julgar representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Ampliou-se o objeto da representação, não só para fins de intervenção federal, mas para garantir a integridade do sistema jurídico.

A Constituição de 1967, com a posterior Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não trouxe inovações, mantendo-se a atuação do Supremo Tribunal Federal nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 cristalizou o papel do Supremo Tribunal Federal como responsável pelo controle jurisdicional da constitucionalidade de forma incidental às causas que lhe fossem admitidas, o controle difuso, e que o seu controle concentrado ficaria restrito ao papel de legislador negativo, suspendendo os efeitos da norma considerada inconstitucional, em atuação no controle concentrado.

1.3. Atores no Controle de Constitucionalidade

Embora a guarda da Constituição caiba, conforme art. 102 da Constituição Federal de 1988, ao Supremo Tribunal Federal, também atuam no controle de constitucionalidade das normas o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A atuação do poder legislativo, também chamada de controle político, ocorre quando da elaboração das leis. No regimento interno das casas legislativas¹⁹ está prevista a criação de comissões parlamentares com o fim precípua de analisar a constitucionalidade das proposições legislativas.

Já ao chefe do Poder Executivo, o presidente da República, a Constituição Federal (art. 66, §1º) confere a possibilidade de vetar, integral ou parcialmente, projetos que considere inconstitucionais.

Esses casos são chamados de controle preventivo de constitucionalidade.

Importante ressaltar que a possibilidade de atuação preventiva dos Poderes Legislativo e Executivo exaure-se com a promulgação da lei. Com a entrada em vigor da lei, não será possível descumpri-la sob o argumento de inconstitucionalidade. A única alternativa é levar a norma ao exame do Poder Judiciário.²⁰

Alexandre de Moraes²¹ suscita, ainda, duas hipóteses em que o Poder Legislativo atua após a entrada em vigor da norma. Na primeira, trata-se da competência atribuída ao Congresso Nacional de sustar atos normativos que exorbitem o poder regulamentar do Presidente da República.²²

A segunda é a rejeição de medida provisória que, segundo o juízo do Poder Legislativo, não obedeça aos preceitos constitucionais. Nesse caso, por se tratar de tipo normativo que entra em vigor imediatamente e com força de lei, sua rejeição implica em sua retirada do ordenamento jurídico.

¹⁹ Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2009, art.101; Regimento Interno: Resolução nº 17, 1989. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, art. 32, IV.

²⁰ MARTÍNEZ, José Maria de S. Controle de constitucionalidade político. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=120>>

²¹ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 540.

²² *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 49, V.

No chamado controle repressivo, “é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna”²³. É também chamado controle judicial de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é de tradição norte-americana e foi conceituada primeiramente por Alexander Hamilton, na obra *O Federalista*, série de textos escritos à época das discussões acerca da ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 1797. Em trecho que trata sobre o poder atribuído aos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à Constituição, Hamilton afirma que

É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário ente o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que esse último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos²⁴

Essa atividade é feita de duas formas: pela via de ação, também chamado controle concentrado ou *em abstracto*, ou pela via de exceção, ou controle difuso ou *em concreto*.

O controle difuso é feito por todos os órgãos do Poder Judiciário, no bojo de uma ação judicial, quando uma das partes levanta a inconstitucionalidade de uma lei como forma de defesa. Essa análise só é feita mediante provocação das partes e a decisão restringe-se aos envolvidos (eficácia *inter partes*).

A doutrina chama atenção à possível participação do Poder Legislativo no controle repressivo, quando, da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso feita pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, utiliza-se a prerrogativa dada ao Senado Federal, no artigo 57, X da Constituição Federal, de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal²⁵.

²³ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 539.

²⁴ Alexander Hamilton *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 163.

²⁵ A Emenda Constitucional nº 45/2004, incluiu o art. 103-A, com a seguinte redação: "o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". Esse

Apesar de eventual participação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a competência para a pronúncia de invalidade é privativa do Poder Judiciário, sendo vedada a invalidação de uma lei por outra superveniente, conforme se extrai de decisão do STF:

Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário.²⁶

O controle de constitucionalidade concentrado é a análise da lei em tese, independente da existência de um caso concreto. A competência, nesse caso, é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo, 102, I, a, processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

A finalidade de ação direta de inconstitucionalidade “é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional”²⁷. Já a ação declaratória de constitucionalidade presta-se a levar a exame do Supremo Tribunal Federal controvérsia judicial, manifestada por decisões em controle difuso, acerca da constitucionalidade de determinada norma.

Os efeitos da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade serão tratados posteriormente. Por hora, é importante ressaltar apenas que a decisão do Supremo Tribunal Federal é definitiva e aplica-se a todos, sem a necessidade de ato subsequente por parte do Poder Legislativo, como no caso do controle difuso, para que a norma inconstitucional seja extirpada do ordenamento jurídico.

dispositivo praticamente torna obsoleta previsão de suspensão de execução de norma inconstitucional pelo Senado Federal. Como exemplo, cita-se a Súmula Vinculante nº 8, com a seguinte redação: "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário". Ora, com o efeito vinculante atribuído à Súmula, mostra-se discipienda a manifestação do Senado, já que, apesar de ainda existir no ordenamento jurídico, sua aplicação foi afastada.

²⁶ ADI 221 MC/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em: 29/03/1990, publicado no DJ de 22/10/1993 p. 22251. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=346262>>

²⁷ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 568.

1.3.1. Dos legitimados para propositura de ADI e ADC

Ao contrário do controle difuso, em que qualquer indivíduo envolvido em litígio pode suscitar a inconstitucionalidade de lei como forma de defesa, no controle concentrado apenas alguns agentes são legitimados para questionar, diretamente no Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade, em abstrato, de atos normativos. São, portanto, importantes atores, pois são responsáveis por deflagrar o processo de controle.

Nos primórdios do controle concentrado de constitucionalidade, com a Emenda nº 16/65, à Constituição de 1946 (questão que será tratada em pormenores em tópico subsequente), o único autorizado à propositura da então chamada *representação de inconstitucionalidade* era o Procurador-Geral da República.

O constituinte de 1988, pretendendo ampliar o debate constitucional, alargou o rol de legitimados para propositura das chamadas *ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*.

Prevê o artigo 103 da Carta Magna:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Essa medida significou uma democratização do controle abstrato de constitucionalidade, já que

Através da outorga do direito de propositura a diferentes grupos sociais, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, confederações

sindicais e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, instituiu-se a possibilidade de que qualquer segmento social submeta questão constitucional de seu interesse ao Supremo Tribunal Federal.²⁸

No entanto, apesar do texto constitucional não fazer qualquer restrição ao debate constitucional, construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal passou a exigir a *pertinência temática*, assim chamada a “correspondência entre o objeto da medida judicial intentada e os propósitos institucional da entidade acionante”²⁹.

Esse elo é exigido apenas a alguns, que devem comprovar que a norma impugnada está relacionada com o objetivo social da impetrante³⁰. É o caso das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Aos Governadores e Mesas das Assembléias Legislativas dos Estados e Câmara Legislativa do Distrito Federal, a lei impugnada deve dizer respeito, de algum modo, às respectivas entidades federadas.³¹

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 130.

²⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Júris, 2007, p. 183.

³⁰ Nesse sentido, voto do ministro Sepúlveda Pertence na ADI nº 138: “É sabido de todos que o controle de constitucionalidade é processo chamado de objetivo, sem partes, no qual, em princípio se dispensa a indagação da legitimação ativa dos órgãos autorizados, no interesse impessoal da defesa da Constituição, a provocar, em tese, a manifestação judicial sobre a validade de atos normativos. Não obstante, Senhor Presidente, também eu, na linha do que acentuou o eminente Ministro Celso de Mello, não afasto, de logo, que se deva exigir uma relação de pertinência entre a finalidade institucional das entidades privadas autorizadas no art. 103, à propositura da ação direta e o objeto concreto desta. Mas, essa relação de pertinência, a meu ver, não se há de equiparar à estrita relação subjetiva, que é o substrato da legitimatio ad causam no processo comum. Do contrário, ter-se-ia convertido o processo objetivo de controle de constitucionalidade – que tem forma jurisdicional mas é, na verdade, o exercício de uma função política do Supremo Tribunal Federal - , num processo jurisdicional ainda que – como o novo processo civil conhece, cada dia mais, de postulação de interesses coletivos ou difusos.

Basta-me, portanto, Senhor Presidente, por ora, que a matéria do ato normativo questionado não seja estranha, não seja alheia, no âmbito institucional da entidade autora, pelas implicações e pelos reflexos que a norma questionada pode ter no status e na remuneração da Magistratura.

(ADI 138/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento em: 26/05/1993, publicado no DJ de 21/06/1996 p. 22290. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=138&classe=ADI>>

³¹ Nesse sentido: **ADI 1307/DF** Relator: Min. Francisco Resek. Julgamento em: 19/02/1995, publicado no DJ de 24/05/1996 p. 17412. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1307&classe=ADI-MC>>;

ADI 902/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 03/03/1994, publicado no DJ de 22/04/1994 p. 08941. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=346680>>

Quanto aos demais, o Supremo Tribunal Federal entende que, em virtude de sua função institucional, definida na própria Constituição Federal, tratam-se de *legitimados ativos universais*, aos quais não se exige tal requisito.

Assim ensina Clèmerson Merlin Clève, resumindo toda a questão da pertinência temática:

A jurisprudência do Supremo vai, portanto, estabelecendo diferença de tratamento entre os (i) legitimados universais (Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional) e os (ii) legitimados especiais (Governador de Estado, Mesa de Assembléia Legislativa, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). Os primeiros não precisam demonstrar interesse (relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade; adequação de causa às finalidades estatutárias); os segundos, inevitavelmente, sim.³²

³² Apud Ministro Celso de Mello, em voto proferido na ADI 1.094/DF Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 21/09/1995, publicado no DJ de 20/04/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=346819>>

2. DA NATUREZA DA NORMA INCONSTITUCIONAL

2.1. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle abstrato³³

Os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, espécies de controle abstrato das normas, são explicitados (embora não exaustivamente) pelo artigo 102, §2º da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *in verbis*:

Art. 102.....

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

O referido dispositivo trata dos efeitos quanto aos destinatários e quanto à vinculação da decisão, mas silencia quanto à legislação revogada pela norma impugnada e quanto à eficácia temporal da decisão.

Importante ressaltar que a aplicabilidade temporal da decisão é o fio que conduz ao estudo da natureza da norma inconstitucional, que é o cerne do presente capítulo.

³³Ressalte-se que a referência sobre os efeitos, no estudo da natureza da decisão de inconstitucionalidade, restringir-se-á ao controle abstrato das normas, ressalvadas as considerações sobre o controle concreto, já que o cerne do presente trabalho é debater dispositivo da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

2.1.1 Eficácia *erga omnes*

O artigo 102, §2^a da CF estabelece que as decisões proferidas pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) produzirão eficácia contra todos. É o que a doutrina e a jurisprudência chamam eficácia *erga omnes*.

A eficácia *erga omnes* significa que a decisão tem força geral, contra todos, alcançando todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da norma impugnada.

Ivens Gandra Martins da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes³⁴ entendem que a eficácia *erga omnes* da decisão refere-se à parte dispositiva do julgado. Assim, se o STF concluir pela constitucionalidade da lei questionada, deverá afirmar expressamente na decisão que julgar procedente a ADC proposta. No mesmo sentido, se a decisão julgar procedente a ADI proposta, a inconstitucionalidade da norma impugnada deverá ser expressamente declarada.

Do ponto de vista processual, a eficácia *erga omnes* está ligada à coisa julgada constitucional. A eficácia contra todos impede que a mesma questão seja outra vez submetida ao Tribunal, salvo se ocorrer uma mudança nas circunstâncias fáticas.

A hipótese, no entanto, de se submeter ao Supremo Tribunal Federal nova ação, com o mesmo objeto, não se aplica à decisão em ADI, conforme entendimento da Suprema Corte, *in verbis*

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA ELEITORAL (LEI COMPLEMENTAR Nº 86, DE 14.05.1996, QUE ACRESCENTOU A ALÍNEA "J" AO INC. I DO ART. 22 DO CÓDIGO ELEITORAL). SUSPENSÃO DA COISA JULGADA SOBRE INELEGIBILIDADE. EFICÁCIA RETROATIVA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE TEM O MESMO OBJETO DE OUTRA AÇÃO DIRETA JÁ JULGADA PELO MÉRITO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente, em parte, a ADI nº 1.459, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, e que teve por objeto o mesmo da presente ADI nº 1.460, ajuizada pela Procuradoria Geral da República.

³⁴MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 532.

2. Na oportunidade, a Corte declarou a inconstitucionalidade, apenas, das expressões “possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado”, contidas no art. 22, alínea “j”, do Código Eleitoral, esta acrescentada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 86/96, bem como das expressões “aplicando-se, inclusive, às decisões havidas até cento e vinte dias anteriores à sua vigência”, constantes do art. 2º da mesma Lei Complementar.
3. Como tal decisão do Plenário da Corte, na ADI nº 1.459, tem eficácia “erga omnes”, resta sem objeto, agora, a presente ADI nº 1.460.
4. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga prejudicada. Unânime³⁵.

Ainda em sede processual, Lênio Streck diferencia o feito da decisão que declara a inconstitucionalidade da que declara a constitucionalidade:

Eis aqui uma diferença entre as decisões que acolhem a inconstitucionalidade e as que desacolhem: as primeiras fazem coisa julgada material; as segundas têm força meramente de coisa julgada formal, não impedindo sequer que o mesmo requerente solicite novamente a apreciação da inconstitucionalidade da norma anteriormente ‘declarada’ (sic) constitucional³⁶

2.1.2 Eficácia vinculante para os tribunais

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante são institutos afins, mas distintos.

Enquanto a eficácia *erga omnes* assegura força vinculante à parte dispositiva da decisão sobre a norma impugnada, a eficácia vinculante assegura a vinculação também dos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes*.

Conforme a lição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograria evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes

³⁵ ADI 1460/DF Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 17/03/1999, publicado no DJ de 25/06/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385509>>

³⁶ Lênio Streck *apud* FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2005, p. 72-73.

(tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição³⁷.

Assim também ensina o Ministro Moreira Alves em ADI:

Tratando-se, pois, de leis diversas, e sendo certo que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade se adstringe à norma nela impugnada, a eficácia erga omnes na medida cautelar que suspende os efeitos desta a ela se limita, não alcançando norma posteriormente editada, ainda que de conteúdo igual ou semelhante àquela. Para que houvesse alcance, seria mister – como ocorre no Direito alemão - que a ação direta de inconstitucionalidade tivesse efeito vinculante com relação ao Poder Legislativo. A eficácia erga omnes da decisão que suspende os efeitos de uma norma se restringe a estender a todos essa suspensão, inclusive ao Poder Legislativo, mas, ao contrário da eficácia vinculante, não impede que este reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma legal posterior, o que implica em dizer que, havendo tal reprodução, se faz mister o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade³⁸.

Vale ressaltar que eficácia vinculante foi prevista na legislação ordinária antes de sua inclusão no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/04.

A Lei nº 9868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, prevê, no parágrafo único de seu artigo 28, *in verbis*:

Art. 28.....

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

No mesmo sentido o §3º do artigo 10 da Lei nº 9882/99:

Art. 10.....

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/108>>

³⁸ ADI 864/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em 25/04/1996, publicado no DJ de 13/09/1996 p. 33231. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266569>>

Em resumo, o efeito vinculante é mais abrangente que o efeito *erga omnes*, pois obriga seus destinatários (demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública como um todo) a aplicarem a mesma tese, que foi adotada na decisão da Suprema Corte, aos casos que versarem sobre aquela matéria decidida.

Tal determinação foi incorporada na legislação processual:

Art. 481.....

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

No mesmo sentido, o reconhecimento da força de precedente da decisão do Supremo Tribunal nos julgamentos de recursos e ações rescisórias por tribunais inferiores em questão idêntica:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

2.1.3 Efeito repristinatório

O efeito repristinatório é a aplicação, decorrente da declaração de inconstitucionalidade de lei, da legislação anterior, que havia sido revogada pela norma impugnada.

Tal efeito só possui previsão legal, na Lei 9.868/99, quanto ao deferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade:

Art. 11.....

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Contudo, doutrina e jurisprudência entendem que a mesma regra se aplica às decisões de mérito nas ações de controle abstrato, como de demonstra pelo julgado

A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa – considerando o efeito repristinatório que lhe é inerente – em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), não se reveste de qualquer carga de eficácia derogatória³⁹.

O efeito repristinatório, no entanto, difere da repristinação, que é a “reentrada em vigor da norma *efetivamente* revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora”⁴⁰. Esse é um fenômeno legislativo, decorrente de expressa previsão legal, que envolve necessariamente três leis: a revogada, a revogadora e a restauradora, por força do disposto na Lei de Introdução ao Código Civil⁴¹.

Existe ainda a possibilidade da lei revogada por lei inconstitucional também estar comprometida por inconstitucionalidade, o que é chamado pela doutrina e jurisprudência de “efeito repristinatório indesejado”. Por essa razão, quando ajuizada ADIn, deve haver pedido expresso para que seja declarada, também, a inconstitucionalidade da lei ressuscitada, como pressuposto de admissibilidade da ação. É esse o entendimento aplicado pelo STF, conforme se percebe pelo trecho da ementa abaixo transcrito:

A questão do efeito repristinatório indesejado. Necessidade, em tal hipótese, de formulação de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, desde que também eivadas de vício da ilegitimidade constitucional. Ausência de impugnação, no caso, do diploma legislativo

³⁹ ADI 2884/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 02/12/2004, publicado no DJ de 20/05/2005 p. 00005. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266947>>

⁴⁰ Clèmerson Clève *apud* FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2005, p.72-73.

⁴¹ Decreto-lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 9 set 1942.

Art.2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

.....

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

cuja eficácia restaurar-se-ia em função do efeito repristinatório. Hipótese de incognoscibilidade da ação direta. Precedentes. Ação direta não conhecida⁴².

2.1.4 Eficácia temporal

A eficácia temporal está ligada à natureza da norma inconstitucional.

A doutrina clássica trata a norma inconstitucional como nula, fazendo retroagir a decisão declaratória, chamado efeito *ex tunc*.

Outras correntes aplicam o efeito *ex nunc* como sanção da anulabilidade, tratando a decisão como constitutiva, irretroativa, anulando a norma a partir do trânsito em julgado.

Existem ainda as construções de eficácia em período fixado entre data posterior ao dia que teve início a vigência da lei impugnada e outra data fixada a critério do Tribunal, e da eficácia *pro futuro*, que também trata da fixação de um momento para que a decisão de inconstitucionalidade seja eficaz. Em ambos os casos, aplica-se a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional.

A seguir, serão discutidas ambas as teorias.

2.2. Teoria da nulidade da norma inconstitucional

A teoria da nulidade da norma inconstitucional se baseia no fato de que toda norma infraconstitucional encontra na Constituição fundamentos de validade e sustentação. Não estando em harmonia com a Lei Maior, sua existência não poderia ser validada, sendo, portanto, nula.

⁴² ADI 2215/PE Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 17/04/2001, publicado no DJ de 26/04/2001 p. 00004. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2215%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>

Segundo essa teoria, não desconstituir os fatos decorrentes da norma impugnada importaria em afirmar a validade dos efeitos de uma lei inconstitucional e reconhecer que durante um período de tempo, durante o qual produziu efeitos, a norma infraconstitucional se sobrepôs à Constituição, pois contrariou seus preceitos e permaneceu impune. Gilmar Ferreira Mendes⁴³ chega a afirmar que a observância de uma norma inconstitucional importaria na suspensão parcial da Constituição.

A origem do controle de constitucionalidade e da nulidade da norma inconstitucional é o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no histórico voto de John Marshall:

Toda construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios, que destarte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentais. E, como autoridade, de que eles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raias, que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que tais limites não ocorresse erro, ou deslembança, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipulariam esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os cofins, que se estabelecem, não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os atos permitidos e os atos defesos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Esta doutrina está essencialmente ligada às *Constituições escritas*, e, portanto, deve-se observar *como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade*⁴⁴.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 288-289.

⁴⁴ John Marshall *apud* BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2.ed. Campinas: Russel Editores, 2004, p. 40-41.

Essa teoria foi introduzida no direito brasileiro por Rui Barbosa, que entendia que essa tese não se aplicava apenas no direito norte-americano, mas fora reproduzida na Constituição brasileira e se aplicaria, por ser da índole do regime constitucional, “a todas as Constituições escritas com separação limitativa dos poderes”⁴⁵.

Rui Barbosa fixou os seguintes axiomas, que foram incorporados à teoria tradicional da nulidade das normas inconstitucionais:

O poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição.
Toda lei que cerceia instituições e direitos consagrados na Constituição é inconstitucional⁴⁶.

Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula.
Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao Executivo⁴⁷.

Assim, dispondo de modo contrário à Constituição, a lei não pode ser validada, sendo nula em si mesma, desprovida de qualquer eficácia jurídica.

É esse também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado em voto do ministro Celso de Mello:

Impõe-se ressaltar que o valor jurídico do ato inconstitucional é nenhum. É ele desprovido de qualquer eficácia no plano do Direito. ‘Uma consequência primária da inconstitucionalidade – acentua Marcelo Rebelo de Souza (O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, vol. 1/15, 1988, Lisboa) – é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existiria. Para que o princípio da constitucionalidade, expressão suprema e qualitativamente mais exigente do princípio da legalidade em sentido amplo, vigore, é essencial que, em regra, uma conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam’⁴⁸.

A consequência desse entendimento é que, por ser nulo o ato inconstitucional, a decisão judicial que o constata é meramente declaratória.

⁴⁵ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2.ed. Campinas: Russel Editores, 2004, p. 42.

⁴⁶ *Id. ibid*, p. 37

⁴⁷ *Id. ibid*. p. 43.

⁴⁸ RE 136.215-4/RJ. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento em 18/02/1993, publicado no DJ em 16/04/1993 p. 06438. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=207921>>

De acordo com Olavo Ferreira⁴⁹, a própria Constituição prevê em diversos dispositivos que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória, *in verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de **lei declarada inconstitucional** por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais **declarar a inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo do Poder Público.

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a **ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a **decisão recorrida**:

b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal**;

Art. 103.

§ 2º - **Declarada a inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Canotilho ensina:

Fala-se em efeito declarativo quando a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo. O acto normativo é absolutamente nulo (null and void) e, por isso, o juiz ou qualquer outro órgão de controlo 'limita-se' a reconhecer declarativamente a sua nulidade⁵⁰.

Clèmerson Merlin Clève afirma⁵¹, ainda, que o ato judicial não possui efeito revogatório, desconstituindo a lei, mas reconhecer a existência do ato viciado. Por essa razão, a decisão declaratória da inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, "retroagindo até o nascimento da norma impugnada".

⁴⁹ FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2005, p. 28.

⁵⁰ José Gomes Canotilho *apud* FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2005, p. 75.

⁵¹ Clèmerson Merlin Clève *apud* FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Ibid*, p. 75.

2.3. Teoria da anulabilidade da norma inconstitucional

A teoria da anulabilidade da norma inconstitucional foi concebida por Hans Kelsen e implantado na Áustria na Constituição de 1920. Kelsen afirma:

Que a Constituição queira também a validade da denominada lei inconstitucional, isso acontece porque ela não só prescreve a lei produzida de modo determinado, que deve ou não ter determinado conteúdo, como também que, quando a lei for produzida de modo diferente do prescrito ou tiver conteúdo diverso do prescrito, não deve ser considerada nula, mas com validade desde aquele determinado instante até ser anulada por um Tribunal Constitucional, em um processo regulado pela Constituição.

(...)

O que se denomina 'inconstitucionalidade' da lei não é, de modo algum, uma contradição lógica em que um conteúdo da lei se choca com o conteúdo da Constituição, mas uma condição estabelecida pela preliminar de um processo, que tanto pode ser a revogação da lei – até então válida e, portanto, constitucional – ou a punição de determinado órgão.

(...)

Na esfera do direito, a 'contradição' surge juntamente com a revogação da norma contraditória. A denominada 'antinormatividade' de uma norma que se supõe válida por algum motivo não é, na verdade – quando se dispensa a responsabilidade social do órgão –, senão sua revogação por motivos determinados possíveis, isto é, sua anulação, por meio de outro ato jurídico; ou a sua anulação, ou seja, sua negação como norma válida, pelo conhecimento jurídico, a dissolução da aparência de norma jurídica válida.⁵²

De acordo a teoria do doutrinador austríaco, se a norma pertence à ordem jurídica, tendo sido aprovada pelo órgão competente, ainda que padeça de alguma irregularidade formal ou material que caracterize a inconstitucionalidade, não pode ser considerada nula, pois, se existe como norma, fundamenta-se na Constituição e, portanto, tem validade, só podendo ser anulável.

⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 110-112.

Luis Roberto Barroso⁵³, ao tratar do fenômeno da inconstitucionalidade, utiliza a teoria de Pontes de Miranda dos planos da norma jurídica, para afirmar que estando presentes os elementos relativos ao agente, à forma e ao objeto, o ato é existente. A inconstitucionalidade está ligada ao plano da *validade*, que analisa a competência, forma adequada e licitude-possibilidade do ato, requisitos que, se ausentes, considerando-se a gravidade da violação, levarão à sanção de nulidade ou anulabilidade.

Reconhecida essa invalidade, analisa-se o plano da eficácia da norma, que está ligada à sua aptidão para produção de efeitos. Barroso assim resume a questão:

Suponha-se que a Assembléia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo tipo penal específico de 'pichação de bem público', cominando pena de detenção. No momento que o Governador do Estado sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação no Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida, porque flagrantemente inconstitucional: os Estados-membros não podem legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I) tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais, que, diante da invalidade da norma, deverão negar-lhe aplicação e eficácia⁵⁴.

A natureza dessa decisão é constitutiva, posto que modifica uma situação jurídica anterior, criando uma nova. De fato, a norma anulada não era nula *ab initio*, mas tornou-se nula em virtude da decisão que constatou sua desconformidade com a Constituição.

Pontes de Miranda afirma que a decisão de inconstitucionalidade é desconstitutiva ou constitutiva negativa, pois:

Para que a decisão positiva sobre inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou tribunal diria: 'não existe'; e a eficácia seria a de toda decisão declarativa⁵⁵.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.12.

⁵⁴ Id.ibid., p. 14.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, 1969*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 619.

Esse foi o entendimento, ainda que vencido, do ministro Leitão de Abreu, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não se 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, a 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 a nulidade.⁵⁶

Já a eficácia temporal *ex tunc* ou *ex nunc* da decisão de inconstitucionalidade é uma gradação da sanção aplicada à norma defeituosa. Embora a anulação, via de regra, implique, efeitos para o futuro, cabe ao órgão julgador determinar o momento em que a anulação da lei se operará.

A eficácia *ex tunc* é a sanção mais gravosa à norma inconstitucional e determina sua a invalidade e desprovimento da capacidade para produção de efeitos desde o seu nascimento. É a mesma anulação, mas com efeitos retroativos. Difere essa decisão daquela que declara a *nulidade* da norma, pois nessa se nega sua própria existência.

⁵⁶ RE 79.343/BA. Relator: Min. Leitão de Abreu. Julgamento em 31/05/1977, publicado no DJ de 02/09/1977, p. 05970. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=174730>>

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 27 DA LEI 9868

3.1 Previsão legal da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade

A teoria da nulidade da norma inconstitucional é o paradigma adotado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.

No entanto, a doutrina aponta para necessidade da mitigação do princípio da nulidade absoluta, ao evidenciar-se a existência de fatos jurídicos que não podem ser desconsiderados e a possibilidade de agravamento de situações que busca proteger.

Essa suposta insuficiência já havia sido reconhecida, inclusive, pelo ministro Sepúlveda Pertence, que lecionou:

A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo.⁵⁷

Em 1999, por fim, o Congresso Nacional aprovou, na Lei nº 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, dispositivo que permite à Corte decidir sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ponderando os princípios da nulidade da lei inconstitucionalidade, da segurança jurídica e do interesse social.

O texto da lei foi resultado da aprovação do Projeto de Lei nº 2.960/97, de autoria do Poder Executivo. Na Exposição de Motivos, assinada pelo então Ministro de Estado da Justiça Nelson Jobim, afirmava-se:

⁵⁷ RE 147.776, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 19/05/1998, publicado no DJ de 29/06/1998, citado por MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 434.

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado 'in concreto' se, a juízo do próprio tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostra inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional⁵⁸.

Com a aprovação da lei, possibilitou-se a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, legalizando-se a chamada modulação de efeitos.

Ficou assim redigido o citado dispositivo:

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.

Com a edição da referida lei, o legislador reconheceu a necessidade de abandonar os pontos extremos das duas correntes sobre a natureza da norma inconstitucional, a norte-americana, da nulidade, e a austríaca, da anulabilidade, uma vez que a observância irrestrita desses entendimentos pode repercutir negativamente na segurança jurídica.

Antes da edição da Lei 9.868/99, houve duas tentativas de regular, na própria Constituição Federal, a possibilidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

⁵⁸ Exposição de Motivos nº 189, de 04/07/1997, do Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 29/04/1997.

Na Assembléia Constituinte de 1986-1988, o então Senador Federal Maurício Corrêa sugeriu a seguinte redação para o artigo 127, §2º da Constituição Federal:

Quando o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória⁵⁹.

A redação então proposta para o dispositivo constitucional dispunha expressamente sobre a natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade. No entanto, a adoção da eficácia *ex nunc* não estava disposta como uma exceção à teoria da nulidade, posto não existirem requisitos para sua aplicação, como os previstos na legislação atualmente em vigor.

O texto, no entanto, não foi aprovado, restando excluído da redação final da Constituição Federal.

A segunda tentativa de regular a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade ocorreu durante a Revisão Constitucional, em 1994, quando novamente se tentou restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade.

O autor da proposta foi o então deputado Nelson Jobim, que sugeria a inserção de um quinto parágrafo⁶⁰ ao artigo 103 da Constituição Federal, que dispunha, à época, sobre os legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e requisitos obrigatórios de tramitação.

O dispositivo teria a seguinte redação:

Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão⁶¹.

Apesar de rejeitado durante as discussões da Revisão Constitucional, o texto se aproximava daquele finalmente aprovado na Lei nº 9.868/99 no que tange ao

⁵⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 324-325

⁶⁰ De acordo com a numeração da redação constitucional vigente à época.

⁶¹ Cf. BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.23.

requisito da maioria qualificada dos membros para modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O dispositivo vigente atualmente, no entanto, conferiu uma atribuição mais ampla ao Supremo Tribunal Federal de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Além da eficácia *ex nunc*, que permite que a inconstitucionalidade da norma se efetue a partir da decisão proferida pela Suprema Corte, a legislação prevê a possibilidade de fixação em momento que pode ser fixado na decisão.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que será analisada a posteriormente, a inconstitucionalidade pode ser fixada no passado, entre a entrada em vigor da norma e a decisão de inconstitucionalidade, ou no futuro, com a implementação de um termo firmado pelo Tribunal.

Ademais, o dispositivo estabelece a necessidade de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” para modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, requisitos que não estavam presentes nas propostas anteriores.

A exigência de um quórum diferenciado e da ponderação de princípios constitucionais para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade será analisados em seguida, para demonstrar a conformidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 com a ordem constitucional vigente.

3.2 A controvérsia judicial sobre a constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99

A edição da Lei nº 9.868/99 suscitou muitas controvérsias. Apesar dos argumentos apontados pela necessidade de uma relativização da teoria da nulidade da norma inconstitucional, a doutrina questiona o dispositivo que trata da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tanto na questão formal, como na material.

Fruto dessa polêmica, foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) questionando diversos dispositivos da lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

A ADI 2154 foi ajuizada em fevereiro do ano 2000 pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL). No que tange especificamente ao artigo 27, a requerente afirma que o dispositivo contraria o entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal no sentido que a declaração de inconstitucionalidade, no exame da ação direta, produz efeitos *ex tunc*, ou seja, a declaração remonta ao momento da edição da norma desconstituída.

Na ADI, é repisada a teoria da nulidade, afirmando-se a que a norma inconstitucional é norma inexistente, de acordo com as regras básicas de direito civil, segundo as quais ato nulo é ato *nenhum*.

Outro argumento utilizado na ADI foi em relação à jurisprudência da Suprema Corte de tolerar a eficácia parcial ou a declaração *ex nunc* de inconstitucionalidade em sede de decisão cautelar, mas nunca na decisão final de mérito. Aceitar, portanto, a atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional não resistiria à lógica jurídica, pois “se a norma foi declarada inconstitucional, torna-se intolerável sequer um minuto de sua vigência”⁶².

Quanto ao aspecto formal, a CNPL afirma que a matéria objeto do artigo 27 só poderia ser legislada mediante emenda constitucional e não de lei ordinária, pois sua aplicação atinge todo o sistema jurídico do país, em especial no que tange aos princípios da legalidade e da igualdade, já que a aplicação do dispositivo importaria na criação de situações desiguais, beneficiando uns em detrimento de outros no período em que a lei inconstitucional fosse considerada válida.

Por sua vez, a ADI 2.258, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em agosto do ano 2000, suscitou a ofensa do dispositivo ao Estado Democrático de Direito e ao princípio da legalidade, por permitir que atos normativos ou leis inconstitucionais, após a declaração dessa natureza pelo Supremo, produzam algum tipo de efeito em algum momento do tempo.

⁶² Petição inicial da ADI 2.154, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL.

No mesmo sentido do alegado na ADI 2.154, o Conselho Federal da OAB reafirmou a jurisprudência do STF e a tradição jurídica brasileira quanto a teoria da nulidade da norma inconstitucional, sustentando que

Não pode ser admitido procedimento capaz de afastar a possibilidade de que a declaração definitiva, por pare do Supremo Tribunal Federal, do mais grave vício legislativo, não acarrete a nulidade da lei ⁶³.

A ADI 2.258, ao ser proposta, foi apensada à ADI 2.154, por haver identidade parcial dos objetos impugnados (vários dispositivos Lei nº 9.868/99, sendo que a constitucionalidade do artigo 27 foi questionada em ambas as ações). Com isso, as duas ações serão julgadas conjuntamente.

O então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro manifestou-se nos autos das duas ADIs, nos termos do parágrafo 1º do artigo 103 da Constituição Federal⁶⁴.

Em sua exposição, o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, sustentando que a norma inserta no dispositivo atende à finalidade maior do Direito, que é a pacificação e a ordenação sociais.

O Procurador-Geral apontou a necessidade de se abrandar a rigidez dogmática da tese que infirma a nulidade dos atos inconstitucionais, uma vez que não se pode ignorar que a norma invalidada *existiu* entre a sua edição e sua invalidação e produziu efeitos no mundo real, não podendo ser ignoradas suas conseqüências práticas.

No que tange ao princípio da supremacia da Constituição, afirmou o Procurador-Geral da República:

Se supremacia da Constituição permeia e fundamenta o controle de constitucionalidade, seja ele pela via incidental, seja ele pela via direta, noutra giro, igualmente permeia o ordenamento jurídico a segurança

⁶³ Petição inicial ADI 2.258, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

⁶⁴ *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Art. 203.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

jurídica, a proteger situações fáticas consolidadas, ainda que sob a égide de norma posteriormente declarada inconstitucional. Trata-se de providência, repita-se, excepcional, em que se homenageia o interesse primário e, de novo, a segurança jurídica. Importa, verdadeiramente, visualizar os princípios da concordância prática e da máxima efetividade a orientar a exegese da presente questão em conformidade com as normas constitucionais. Nesse passo, incumbe ao hermeneuta a tarefa de harmonizar a supremacia da Constituição com interesses públicos igualmente relevantes assegurados na própria Constituição. Os requisitos dispostos no mencionado art. 27 são norte seguro para tal ponderação, de sorte em tudo coadunar-se com a cláusula do *due process of Law*, tomando em seu sentido substancial e consagrado do inciso LIV do art. 5º da Constituição da República⁶⁵.

O relator da ADI 2.154, ministro Sepúlveda Pertence⁶⁶, a quem também foi redistribuída a ADI 2.258 (relatada pelo ministro Celso de Mello antes do apensamento das duas ações), julgou procedente o pedido de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

O ministro entendeu que a alteração promovida pelo artigo 27 só poderia ser feita por meio de emenda constitucional. Além disso, considerou que seria necessário conferir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo questionado, com a finalidade de excluir do seu âmbito de aplicação o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

O julgamento das ADIs, no entanto, foi interrompido em 16/08/2007, após a apresentação do voto do relator, em virtude do pedido de vista da ministra Cármen Lúcia.

Sendo assim, as ações diretas que analisam a constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 ainda estão pendentes de julgamento final de mérito.

3.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Um olhar atencioso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidencia que desde a década de 1970 já havia um posicionamento pela mitigação dos efeitos do princípio da nulidade da norma inconstitucional.

⁶⁵ Parecer do Procurador-Geral da República à ADI 2.154, apresentado em 10/12/01.

⁶⁶ A relatoria das ADIs 2.154 e 2.258 passou para o ministro Menezes direito, em razão da aposentadoria do ministro Sepúlveda Pertence, conforme determina o artigo 38, inciso IV, alínea a, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 78.584, julgado em 1971, o Tribunal analisou um caso em que o recorrente pleiteava a nulidade da citação e da penhora verificadas em um processo em que figurava como réu, uma vez que foram praticadas por oficial de justiça que, na realidade, era servidor público integrante do Poder Executivo e que, antes das necessidades do Estado de São Paulo, fora autorizado por lei à prática dos referidos atos processuais. No entanto, posteriormente, tal ato normativo fora declarada inconstitucional pela via do controle concentrado, impondo-se, pela teoria tradicional, a nulidade de todos os atos decorrentes, em face do princípio da nulidade *ab initio*.

O relator do RE, ministro Bilac Pinto, analisou os efeitos da decisão no caso concreto ao votar, sendo seguido à unanimidade, no sentido de que “Os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade – declaração feita contra lei em tese – não podem ser sintetizados numa única regra, que seja válida para todos os casos”⁶⁷. Na espécie, o Tribunal entendeu que tratava-se de um assunto de Direito Administrativo, no qual está previsto a validação dos atos praticados por servidores de fato,.

Assim, já naquela época, percebiam-se situações peculiares que exigiam uma interpretação diferenciada, que adequasse a teoria da nulidade ao caso *sub judice*.

Em outro caso, já citado anteriormente, o voto vencido do ministro Leitão de Abreu no RE 79.343, mas que demonstra a existência de doutrinas divergentes na Suprema Corte, ressaltou a presunção de constitucionalidade da lei – elaborada por órgão legislativo competente e na observância do devido processo legislativo, tendo passado até mesmo pelo crivo do chefe do Poder Executivo –, que não pode simplesmente ser declarada nula, desde a origem, pois, enquanto vigente, estabeleceu relações jurídicas entre o particular e o público, relações estas que não são passíveis de ser ignoradas em face do princípio da boa-fé⁶⁸.

⁶⁷RE 78.594. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento em 07/06/1974, publicado no DJ de 04/11/1974. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=173998>>

⁶⁸RE 79.343/BA. Relator: Min. Leitão de Abreu. Julgamento em 31/05/1977, publicado no DJ de 02/09/1977, p. 05970. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=174730>>

EMENTA: Declaração, do plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Dec.-lei nº 322, de 7 de abril de 1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da decisão que pronuncia a

Em outro caso, o RE 105.789, ao tratar de situação de magistrados que auferiram determinadas vantagens pecuniárias em face de lei cuja inconstitucionalidade foi posteriormente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a 2ª Turma entendeu por manter inalterada a situação, muito embora irregular, uma vez que o retorno ao *status quo* importaria em comprometimento do princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Foi esse o entendimento do relator, ministro Carlos Madeira:

A irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu, e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo. Daí porque tal garantia supera o efeito *ex-tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma, pois a averbação não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, como previa o dispositivo da Constituição do Estado, mas para o de adição de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência no cargo⁶⁹.

Um caso paradigmático sobre a eficácia temporal da norma inconstitucional antes da edição da Lei nº 9.868/99 foi à ação que discutiu a lei que concedia à Defensoria Pública prazo em dobro para recorrer, sem estender o benefício aos órgãos de acusação.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal interpretou o ato normativo como “lei em processo de inconstitucionalidade”, considerando que, embora a disposição legal não coadune com o princípio constitucional da igualdade de armas no processo, “deveria ser considerada constitucional, enquanto esses órgãos [Defensoria Pública] não estivessem devidamente habilitados e estruturados”⁷⁰.

inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que acharia o agente, de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.

⁶⁹ RE 105.789. Relator: Min. Carlos Madeira. Julgamento em 15/04/1986, publicado no DJ de 09-05-1986, p. 07629. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=197575>>

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

⁷⁰ HC 70.514/RS. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 23/03/1994, publicado no DJ de 27/06/1997, p. 30225. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=72491>>

Foi adotada a interpretação de que uma lei poderia se tornar inconstitucional em virtude de alteração da situação fática que regula. Assim se manifestou o ministro Moreira Alves

Para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais⁷¹.

Esse entendimento configura uma mitigação da teoria da nulidade da norma inconstitucional, fixando-se, no futuro, a depender da configuração da condição imposta pela decisão, para que a norma se torne efetivamente inconstitucional. Destaque-se que essa decisão é de 1997, ou seja, anterior à edição do dispositivo que permitiu, com base legal, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Com a publicação da Lei nº 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal aplicou a modulação de efeitos em diversos casos, nas mais variadas matérias. No entanto, dois casos assumiram o papel de *leading cases*, tornando-se paradigmáticos na configuração das conseqüências fáticas com a declaração de inconstitucionalidade.

O primeiro caso foi julgado em março de 2004, pela via do controle difuso, no RE 197.917. Nesse processo, o Ministério Público do Estado de São Paulo impugnava dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, sustentando que este não obedecera à proporção estabelecida pela Constituição Federal para a fixação do número de vereadores.

O ministro Maurício Corrêa, relator da ação, consignou que a Constituição não emprega palavras ou expressões vazias, entendendo que a norma impugnada feria a Constituição Federal, pois não atendia aos critérios da proporcionalidade e da isonomia.

No entanto, a Corte considerou que eventual declaração de inconstitucionalidade, com efeito, *ex tunc* traria prejuízos imensuráveis ao sistema, que seria atingido pelo desfazimento de todas as decisões que foram tomadas em

⁷¹ HC 70.514/RS. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 23/03/1994, publicado no DJ de 27/06/1997, p. 30225. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=72491>>

momento anterior ao pleito e que resultaram na atual composição da Câmara Municipal.

No mesmo sentido, todas as decisões posteriores ao pleito eleitoral com o novo número de vereadores seriam atingidas e questionáveis, bem como a validade das deliberações da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovadas.

Desta forma, utilizando-se de um juízo de proporcionalidade, a Corte concluiu pela aplicação do efeito *pro futuro* da inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, mantendo o modelo legal existente naquela legislatura, e determinando que a Câmara dos Vereadores adotasse as medidas cabíveis para adequar a Lei Orgânica do município aos parâmetros constitucionais.

Ficou assim ementado o acórdão:

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. Casos em que a falta 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 afronta aos demais princípios constitucionais e 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 de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).

7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria 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 conhecido e em parte provido⁷².

O segundo julgamento, ainda mais emblemático quanto a impossibilidade, em alguns casos, de a decisão de inconstitucionalidade transfigurar situações fáticas.

No julgamento da ADI 2.240, em maio de 2007, questionava-se constitucionalidade da Lei nº 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criava o Município de Luís Eduardo Magalhães, por ausência da lei complementar federal prevista pelo artigo 18, §4º, da Constituição Federal⁷³.

A procedência do pedido de inconstitucionalidade com a aplicação do tradicional efeito *ex tunc*, restabeleceria o *status quo* anterior à instalação do município, ocasionando, por conseguinte, o encerramento das atividades administrativas, a entrega da totalidade do patrimônio ao município-mãe, o fim de repasses de recursos federais e estaduais, a extinção de cargos, entre outras conseqüências.

Considerando toda a configuração fática, assim entendeu o ministro Eros Grau, relator da ADI:

Criado o Município, passou a existir e agir como ente da federação. Trata-se de um fato. Não se anulam fatos. Um ente da federação assumiu existência [plano da existência] e dessa existência resultaram efeitos jurídicos [plano da eficácia], tal como ocorre no casamento putativo e com as "sociedades em comum" [= sociedades de fato]. Impossível retornarmos no tempo, para anular essa existência, sem agressão à autonomia desse Município e, pois - repito - ao princípio federativo.

⁷² RE 197.917, relator ministro Maurício Corrêa, DJ de 31/03/2004.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 18.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Manifestando-se pela improcedência do pedido formulado na ADI, ante a impossibilidade de alterar-se a situação fática sem a ocorrência de um caos institucional, o ministro destacou o papel da corte em impedir o nascimento de realidades inconstitucional, mas também de possibilitar que a realidade se ponha novamente em concordância com a Constituição.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, divergiu no sentido de utilizar os recursos legais e jurisprudenciais para reconhecer a inconstitucionalidade da lei e, ainda assim, assegurar a realidade concreta com segurança jurídica, como de conclui de seu voto:

A solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

(...)

É certo, outrossim, que, muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica. Aqui, o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado com fundamento no princípio da segurança jurídica.

(...)

Com efeito, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

O perigo de uma tal atitude desmesurada de self restraint (ou greater restraint) pelas Cortes Constitucionais ocorre justamente nos casos em que, como o presente, a nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto Bachof – do ponto de vista político, econômico e social.

(...)

Não há dúvida, portanto, - e todos os Ministros que aqui se encontram parecem ter plena consciência disso – de que o Tribunal deve adotar uma fórmula que reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada – diante da vasta e consolidada jurisprudência sobre o tema -, resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos.

Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

O Ministro Eros Grau, convencido da tese do Ministro Gilmar Mendes, decidiu retificar o seu voto e acompanhar este ilustre Ministro, no sentido de declarar a inconstitucionalidade da lei estadual, mas não a nulidade, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

Esse foi o entendimento que prevaleceu no julgamento da ADI 2240, cuja ementa ficou assim redigida

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo.

2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos.

3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada - embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada.

4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal.

5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.

6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de

inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação.

10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.

11. Princípio da continuidade do Estado.

12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade.

13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.⁷⁴

Os poucos julgados destacados mostram o amadurecimento da Corte em relação a uma relativização do princípio da nulidade da norma inconstitucional.

Contudo, a institucionalização da possibilidade de modulação de efeitos através do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não consolidou um posicionamento doutrinário quanto à constitucionalidade da medida.

Uma análise estrutural, no entanto, permite comprovar que o dispositivo está de acordo com os ditames constitucionais, como se verá a seguir.

3.4 A constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99

Como descrito anteriormente, a constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal, com julgamento final ainda pendente.

Parte da doutrina também se filia à tese da inconstitucionalidade, usando com argumentos os sustentáculos, também descritos em momento anterior, do princípio da nulidade da norma inconstitucional.

A alegação da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 baseia-se, em síntese, em três argumentos: (i) o princípio da supremacia da Constituição, que fundamenta a nulidade da norma inconstitucional, não pode ser mitigado pela

⁷⁴ ADI 2240/BA. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 09/05/2007, publicado no DJ de 03/08/2007 p.00029. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=474616>>

aplicação, ainda que por tempo restrito, de norma inconstitucional; (ii) nenhum procedimento pode permitir a aplicação de norma inconstitucional; (iii) eventual permissão de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade deveria estar prevista na própria Constituição e não por meio de lei ordinária.

Apesar da veemente defesa da primazia do princípio da nulidade da norma inconstitucional, os argumentos acerca da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 não merecem prosperar.

O artigo 27 da Lei 9.868/99 é de natureza estritamente interpretativa, pois se limita a “explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade”⁷⁵.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, “a limitação dos efeitos é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade”⁷⁶ e decorre da interpretação sistemática da ordem constitucional.

Como ficou demonstrado com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anotada anteriormente, o artigo 27 da Lei 9.868/99 não introduziu a possibilidade da limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que já vinha sendo aplicada antes da edição da lei.

A necessidade de uma relativização do princípio da nulidade da lei inconstitucional decorre da colisão ou da concorrência entre esse e outros princípios constitucionais.

A moderna doutrina, no entanto, não admite a superioridade de um princípio em relação a outro, já que a hierarquia entre as normas constitucionais não se coaduna com o princípio da unidade da Constituição.

É como ensina Paulo Gustavo Gonet Branco:

Não há princípios absolutos no direito constitucional. A colisão entre princípios de igual *status* hierárquico demanda esforço de harmonização e de sopesamento da importância de cada qual, à vista das conseqüências da sua aplicação no caso considerado. Desse exercício pode resultar que a nulidade absoluta ceda a outras considerações⁷⁷.

⁷⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2.Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 509.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 322 e 332.

⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In *Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005.

A nulidade da lei inconstitucional, como se afirmou anteriormente, encontra-se consignado na Constituição Federal na forma do princípio da supremacia das normas constitucionais.

Por sua vez, os conceitos jurídicos de *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, também protegidos constitucionalmente, são os paradigmas definidos na lei para que a Suprema Corte considere a possibilidade de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Na verdade, a concessão de eficácia *ex nunc* ou prospectiva às decisões de inconstitucionalidade não acarreta em revogação temporária da Constituição por uma lei inconstitucionalidade.

O que ocorre quanto o Supremo Tribunal Federal decide pela modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é a prevalência, no caso concreto e após um juízo de ponderação, dos princípios da segurança jurídica e da preservação do interesse social em detrimento do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

De acordo com essa interpretação,

O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social⁷⁸.

Fica evidente que a possibilidade de restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma competência da Suprema Corte que decorre da própria Constituição e da ordem jurídica. A norma apenas ratifica o poder inerente ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, de equilibrar princípios concorrentes, avaliando se as razões de segurança jurídica e interesse social tornam impraticável a revisão da realidade fática criada por atos normativos eivados de vício.

Esse mesmo argumento sustenta a razão pela qual a sua regulamentação não necessita constar do texto constitucional, afastando-se a inconstitucionalidade formal do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. O dispositivo não introduziu a restrição dos

⁷⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 509.

efeitos de inconstitucionalidade, que decorre da interpretação sistemática da ordem constitucional, mas apenas regulamentou o seu procedimento.

O procedimento para aplicação da modulação dos efeitos da decisão, de condicionar a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou de excepcional interesse social, além de exigir um quorum qualificado de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal, reforça o caráter excepcional da medida, em conformidade com os princípios da supremacia da constitucionalidade e da nulidade da lei inconstitucional.

Como demonstrado, a jurisprudência da Suprema Corte aponta uma tendência ao abrandamento do rigor da tese da nulidade *ex tunc* das leis inconstitucionais, embora sem deixar de afirmar que esse é o efeito natural da edição de ato normativo que não se conforma aos ditames constitucionais.

Refuta-se também o argumento que a produção de efeitos por norma inconstitucional importa na derrogação ou suspensão temporária da Constituição.

Existem casos, como os retro citados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que a limitação dos efeitos *pro futuro* é o único meio de não sacrificar excessivamente os interesses que a Constituição pretende proteger. A fixação de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*, em alguns casos, gera conseqüências mais graves do que a manutenção temporária da norma inconstitucional, o que contraria o próprio princípio da constitucionalidade.

Por fim, cita-se o ensinamento de Paulo Gustavo Gonet Branco:

A flexibilização do axioma da nulidade com efeitos *ex tunc* da lei inconstitucional demonstra que a ciência do Direito não conhece pontos finais e que cumpre sempre prosseguir na busca da mais plena satisfação do escopo derradeiro do Direito – a proteção efetiva da dignidade da pessoa humana e a viabilização da vida em comum segundo critérios de justiça⁷⁹.

⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei*. In *Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005.

CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade é o mecanismo utilizado para garantir a conformidade entre as normas emanadas do legislador ordinário e aquelas prescritas pela Constituição. Está embasado no princípio da Supremacia da Constituição, segundo o qual a Constituição está em posição hierárquica superior em relação às demais normas jurídicas.

A teoria da nulidade da norma inconstitucional se baseia no fato de que toda norma infraconstitucional encontra na Constituição fundamentos de validade e sustentação. Não estando em harmonia com a Lei Maior, sua existência não poderia ser validada, sendo, portanto, nula.

A teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, por sua vez, afirma que se a norma pertence à ordem jurídica, tendo sido aprovada pelo órgão competente, ainda que padeça de alguma irregularidade formal ou material que caracterize a inconstitucionalidade, não pode ser considerada nula, pois, se existe como norma, fundamenta-se na Constituição e, portanto, tem validade, só podendo ser anulável.

A Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, permite à Suprema Corte, em seu artigo 27, decidir sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, admitindo a modulação dos efeitos da decisão, seja a partir do julgamento ou em momento futuro fixado pelo Tribunal.

A constitucionalidade do dispositivo é questionada tendo em vista os argumentos que sustentam a teoria da nulidade da norma inconstitucional, por ser esse o ensinamento majoritário da doutrina e aplicado historicamente pela jurisprudência.

Entretanto, uma análise atenta da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra uma relativização do princípio da nulidade da norma inconstitucional, fundamentada no papel institucional atribuído à Corte pela própria Constituição.

Uma vez que não existem princípios absolutos instituídos no texto constitucional, cabe Supremo Tribunal Federal ponderar, no caso concreto, a

prevalência ou não do princípio da nulidade da lei inconstitucional, levando em consideração situações fáticas que, muitas vezes irreversíveis, vulnerem a segurança jurídica.

A modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é, portanto, um instrumento inerente ao controle de constitucionalidade, decorrente do sistema jurídico posto, tendo a lei nº 9.868/99 apenas regulamentado seu procedimento em sede infraconstitucional, e se mostra como o único meio de não sacrificar excessivamente os interesses que a Constituição pretende proteger.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2.ed. Campinas: Russel Editores, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei*. In *Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005.
- FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTÍNEZ, José Maria de S. Controle de constitucionalidade político. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=120>>
- MARTINS, Ivens Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- _____, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/108>>
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, 1969*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Júris, 2007.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=2&area=1&id=40>