



Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP

PATRÍCIA MARIA ARRUDA FURTADO BICCA

**Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999:
Inconstitucionalidade do artigo 27**

**Brasília-DF
2011**

PATRÍCIA MARIA ARRUDA FURTADO BICCA

**Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999:
Inconstitucionalidade do artigo 27 e o Princípio
da Segurança Jurídica**

*Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Especialis-
ta em Direito Constitucional, no Curso de
Pós-Graduação lato sensu do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP.*

*Orientadora: Prof.^a Christine Oliveira Peter
da Silva*

**Brasília - DF
2010**

PATRÍCIA MARIA ARRUDA FURTADO BICCA

**Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999:
Inconstitucionalidade do artigo 27 e o Princípio
da Segurança Jurídica**

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

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com
menção_____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Dedico o presente trabalho ao meu marido Alberto, ao nosso filho Thiago e aos meus pais Miguel Pró e Mirtes.

Agradeço a Edith Norturt de Almeida pelo insubstituível auxílio na tradução do alemão.

Una costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria.

Hans Kelsen

No moderno Estado de Direito, directamente vocacionado para uma concentração de decisões definidoras do direito nos juizes, verdadeira génese de um possível governo de juizes, coloca-se, como toda a actualidade, a questão de saber se as decisões judiciais são ainda uma espécie de feudo isento de qualquer controlo efectivo de validade jurídico-constitucional, encontrando-se apenas formalmente submetidas a uma vaga proclamação de conformidade com a Constituição.

Paulo Otero

El individuo que carece de un mínimo grado de certeza en cuanto al presente y al futuro de sus relaciones jurídicas y no jurídicas, es un ser expuesto, indefenso, a quien se le niega lo esencial de lo humano (...).

José Raúl Torres Kirmser

O tempo vingá-se das coisas que se fazem sem a sua colaboração.

Eduardo Couture

RESUMO

O estudo demonstra a inconstitucionalidade do artigo 27 da lei 9.868, de 11 de novembro de 1999, que outorga ao Supremo Tribunal Federal o poder de restringir os efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, permitindo assim que uma lei ordinária possa suspender pelo menos temporariamente a Constituição Federal. Com esse objetivo, parte-se da análise da segurança jurídica que a supremacia da Constituição quer garantir ao corpo social e que a permissão de alteração informal da Constituição concedida ao STF infirma. Em seguida, depois da distinção entre o mundo fático e o mundo jurídico, expõe-se como os fatos do primeiro ingressam no mundo jurídico, nele adquirindo existência jurídica, explicitando, todavia, que essa entrada pode dar-se de forma gravemente defeituosa (nulidade) ou com déficit menos grave (anulabilidade). Em se tratando de mera anulabilidade, o ato pode ser confirmado, regularizando-se. Quando, porém, impossibilitado de correção (nulidade) determina a necessidade de expulsão do mundo jurídico, mandando-o de volta ao mundo fático. O conhecimento dessas deficiências que podem estigmatizar esses atos logo à entrada do mundo jurídico é necessário para efeito de classificação da espécie de defeito que se atribui à lei que contraria a Constituição: Será inexistente? Será nula? Será meramente anulável? Uma vez estabelecido o tipo de defeito que acomete a lei ou ato normativo, é preciso examinar a natureza da ação e da decisão que os exclui do mundo jurídico. Os efeitos são apresentados logo em seguida, onde são observados além dos casos de nulidade total e parcial, os de nulidade sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Com esse conjunto de conhecimentos específicos, será examinada a decisão proferida pela Suprema Corte brasileira na ADI de n. 2.240 e a possibilidade de aplicar-se ao caso o princípio da segurança jurídica de início estudado.

Palavras-chave: segurança jurídica. Supremacia da Constituição. Existência. Validade (nulidade e anulabilidade). Eficácia. Classificação das ações. Efeitos. Decretação. Inconstitucionalidade. Artigo 27. Lei n. 9.868.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit demonstriert die Verfassungswidrigkeit von Artikel 27 des Gesetzes 9.868, vom 11. November 1999. Darin wird dem Obersten Bundesgerichtshof die Macht erteilt, Auswirkungen einer Entscheidung zu beschränken, mit der die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen und normativen Akten dekretiert wird. Auf diese Weise kann ein einfaches Gesetz die Bundesverfassung wenigstens zeitweilig aufheben. In dieser Arbeit soll zunächst davon ausgegangen werden, die Rechtssicherheit zu analysieren, die die Vorherrschaft der Verfassung der Gesellschaft gegenüber garantieren will und die dadurch geschwächt wird, dass man eine informale Veränderung der Verfassung erlaubt, wie sie dem BVerfG zugebilligt ist. Daran anschließend wird aufgezeigt, wie die faktische Welt in die juristische Welt eindringt und dort eine juristische Existenz erlangt, wobei sich dieser Übergang entweder in schwerer Defekte (Nichtigkeit) oder geringerer Schäden (Annulierbarkeit) ergibt. Handelt es sich um eine bloße Annulierbarkeit, so kann der Akt bestätigt werden und wird regulär. Ist allerdings eine Korrektur unmöglich (Nichtigkeit), dann besteht die Notwendigkeit des Ausschlusses aus der juristischen Welt, zurück in die faktische Welt. Das Wissen um diese Mängel, die derartige Akte gleich zu Beginn ihres Eintritts in die juristische Welt markieren können, ist notwendig, um den Typ des Defekts zu klassifizieren, den man dem der Verfassung entgegenwirkenden Gesetz beimisst. Ist es inexistent? Ist es nichtig? Ist es nur annullierbar? Ist der Typ des Defekts bestimmt, mit dem das Gesetz oder der normative Akt behaftet ist, muss man die Art des Vorgehens und der Entscheidung untersuchen, die zum Ausschluss aus der juristischen Welt führt. Schließlich werden die Auswirkungen präsentiert, bei denen man außer den Fällen von totaler und teilweiser Nichtigkeit, auch solche von Nichtigkeit ohne Reduzierung des Textes und der Verfassungswidrigkeitserklärung ohne die Angabe der Nichtigkeit beobachten kann. Mit diesem Komplex spezifischen Wissens wird zum Schluss die Entscheidung untersucht, die von BVerfG in direktem Prozess der Verfassungswidrigkeit (ADI) Nr. 2.240 gefällt wurde; untersucht wird ebenfalls die Möglichkeit, das zu Beginn dieser Arbeit dargelegte Prinzip der Rechtssicherheit auf diesen Fall anzuwenden.

Schlüsselwörter: Rechtssicherheit. Vorherrschaft der Verfassung. Existenz. Gültigkeit (Nichtigkeit und Annulierbarkeit) . Wirkungskraft. Klassifizierung der Klagen. Effekte. Erlass. Verfassungswidrigkeit. Artikel 27. Gesetz Nr. 9.868.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

ADI por Ação Direta de Inconstitucionalidade

EC por Emenda Constitucional

MS por Mandado de Segurança

PEC por Proposta de Emenda Constitucional

Pet por Petição

QO por Questão de Ordem

RCL por Reclamação

RE por Recurso Extraordinário

RMS por Recurso em Mandado de Segurança

SIGLAS

STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE SÍMBOLOS

§ párrafo

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| Capítulo 1 | 16 |
| SEGURANÇA JURÍDICA E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO | 16 |
| 1.1 Segurança Jurídica..... | 17 |
| 1.2 Supremacia da Constituição..... | 24 |
| Capítulo 2 | 33 |
| MUNDO FÁCTICO E MUNDO JURÍDICO – EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA | 33 |
| 2.1 Mundo fáctico e Mundo Jurídico..... | 33 |
| 2.2 Existência, validade e eficácia | 35 |
| Capítulo 3 | 41 |
| CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E DAS DECISÕES | 41 |
| 3.1 Classificação das ações | 42 |
| 3.2 Classificação das decisões | 46 |
| Capítulo 4 | 48 |
| EFEITOS DA DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE..... | 48 |
| 4.1 A decretação de nulidade da lei..... | 48 |
| 4.1.1 Decretação de nulidade total | 48 |
| 4.1.2 Decretação de nulidade parcial | 48 |
| 4.2 Decretação de nulidade parcial sem redução de texto | 49 |
| 4.3 Interpretação conforme à Constituição..... | 50 |
| 4.4 Decretação de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade ou decretação de incompatibilidade..... | 52 |
| 4.5 Eficácia <i>erga omnes</i> | 54 |
| 4.6 Efeito Vinculante | 57 |
| Capítulo 5 | 60 |

| | |
|--|-----------|
| ARGUMENTOS ACERCA DO ART. 27 DA LEI 9.868/99..... | 60 |
| 5.1 Argumentos a favor e contra a constitucionalidade | 68 |
| CONCLUSÃO | 75 |
| REFERÊNCIAS | 79 |

INTRODUÇÃO

Trata-se de monografia no âmbito do direito Constitucional, cujo objeto é o estudo do artigo 27 da Lei n. 9.868, de 11 de novembro de 1999, quanto à sua constitucionalidade.

O Direito Brasileiro, com a publicação da Lei n. 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, vem apresentando diversas inovações no tocante ao controle de constitucionalidade.

O artigo 27 dessa lei estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos da decretação de inconstitucionalidade, e estabelecer-lhe a eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento que venha a determinar:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança 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.

Segundo a Exposição de Motivos, a Lei 9.868/1999 tem por finalidade evitar que o Supremo Tribunal Federal se abstenha de emitir juízo de censura, declarando assim a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais, por não lhe permitir o sistema essa flexibilização. Essa idéia já havia sido proposta na Assembleia Nacional Constituinte pelo então Senador Maurício Corrêa, posteriormente ministro do Supremo Tribunal, que ofereceu emenda modificativa, pela qual caberia ao Supremo Tribunal, determinar a partir de quando os efeitos da decretação de inconstitucionalidade começariam a operar: se a contar da data do início da vigência do ato normativo ou a partir da decretação de inconstitucionalidade:

“§ 2º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor ou a partir da publicação da decisão declaratória.”¹

¹ SILVEIRA, José Néri da. A Dimensão política do judiciário e a nova Constituição. *Arquivos do Minis-*

A proposta foi rejeitada, deixando de figurar no único texto legal (Constituição federal) capaz de dar-lhe efetividade jurídica, mas, onze anos depois, terminou por ser aprovada como art. 27 da Lei n. 9.868, de 11 de novembro de 1999.

A Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL e o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil já questionaram a constitucionalidade do artigo 27 perante o Supremo Tribunal Federal nas ADIs 2.154 e 2.258, ambas pendentes de decisão. Contudo, o Tribunal, sem ter se pronunciado, já vem aplicando o artigo em um número crescente de julgados, o que, na verdade, implica o prejulgamento daquelas ações.

O problema aqui proposto é saber se o citado artigo é, ou não, constitucional.

O objetivo desse estudo é demonstrar a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99. Países como Portugal, Espanha e Itália, sob a influência jurisprudencial do *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional Federal alemã) vêm adotando esse poder de limitar os efeitos da decretação de inconstitucionalidade.

Pode uma lei ordinária alterar a Constituição Federal, norma suprema, fundamental do Direito Brasileiro?

A pesquisa realizada dá preferência ao método dogmático, como instrumento, visto que o âmbito de discussão se ocupa principalmente da doutrina, embora também sejam utilizadas informações jurisprudenciais e a investigação da legislação. Não poderíamos utilizar o método sócio-jurídico, pois o estudo em questão não visa a compartilhar entendimentos de outras áreas científicas além do Direito. A pesquisa dogmática se desenvolve pela escolha do tema, que encerra suas principais divergências na discussão jurídico-doutrinária.

Porém, para alcançar esse objetivo é preciso ter presente alguns conceitos básicos, tais como os de segurança jurídica, supremacia da Constituição, existência, validade (nulidade e anulabilidade) e eficácia, com os quais examinaremos a lei que

se contrapõe à Constituição; a classificação das ações, para definir a natureza da decisão que examine a lei que contrariar a Constituição e os efeitos das decisões que apreciam a constitucionalidade da lei.

O primeiro capítulo começa por estudar a questão da segurança como anseio natural do Homem. Mostra que não se pode viver, nem pensar, sem que se tenha certos pontos de apoio. Que o mundo está tão apressado, que as transformações feitas quando começam a produzir seus efeitos já estão desatualizadas. E dessa forma não se tem tempo para estudar as mudanças, que são feitas e que justamente pela superficialidade se tornam desnecessárias. E com isso são esquecidas as bases primárias, gerando insegurança. Explora a idéia da supremacia da Constituição, que na qualidade de lei fundamental, necessita de um mecanismo diferenciado e específico para que seja alterada, sem o que abalaria a estrutura do sistema constitucional rígido e que não permite que nenhum ato normativo, esteja em que nível estiver, deva subsistir validamente, quando incompatível com a Constituição.

Já no segundo capítulo, são analisados os três planos: o da existência, o da validade (nulidade e anulabilidade) e o da eficácia, procurando mostrar a confusão que alguns juristas fazem ao afirmar, ou supor, a sinonímia entre inexistência e nulidade. Até mesmo de um ponto de vista lógico, para que os atos, inclusive normativos, possam ser apreciados no plano da validade é preciso primeiro que existam no mundo jurídico. O que não existe não pode ser válido ou inválido e conseqüentemente, de ordinário, não pode produzir efeitos. Só o que existe, no mundo jurídico, pode ser objeto de apreciação sob o aspecto da validade, isto é, ser nulo ou anulável. A eficácia é o terceiro campo e diz respeito aos efeitos produzidos pelo ato. Aqui, será preciso definir em que plano se situa a contradição entre as leis ou atos normativos e a Constituição. Em outras palavras, o ato inconstitucional é inexistente, nulo ou anulável, ou simplesmente ineficaz?

No terceiro capítulo são apresentadas as classificações das ações em: declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas, levando-se em consideração a preponderância da eficácia, como nos ensina Pontes de Miranda.²

² MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t.1. p.124-125.

Só após esse estudo será possível saber em que classe deve figurar a decisão que admite a inconstitucionalidade da lei.

No quarto capítulo são abordados os efeitos da decretação de inconstitucionalidade: a nulidade total e parcial, a nulidade parcial sem redução de texto, a interpretação conforme a Constituição, a decretação de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.

No quinto e último capítulo são estudados os argumentos acerca da constitucionalidade e da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868.

A conclusão é a de que o art. 27 da Lei 9.868 é inconstitucional e que embora haja duas ações diretas de inconstitucionalidade questionando isso, o Supremo Tribunal Federal sem ter se pronunciado sobre elas, vem aplicando a decretação de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade afrontando a supremacia da constituição brasileira. Contudo, a despeito da inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado-membro da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, é de admitir-se que o longo lapso temporal decorrido, *in casu*, desde a criação terminou por cobri-lo com o manto da estabilidade que lhe outorga o princípio da segurança jurídica, tornando-se impossível desconstituí-lo.

Capítulo 1

SEGURANÇA JURÍDICA E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Sabe-se, hoje, que o Homem, nos muitos aspectos de sua vida, sente extrema necessidade de pontos de apoio, quer religiosos, quer morais, quer econômicos, quer jurídicos para que possa conduzir-se na vida. É-lhe impossível viver sem certas certezas, como se pairasse no espaço sideral, sem que perceba em que posição se encontra. Em suma, precisa de alicerces que lhe proporcionem segurança. Até para pensar logicamente, para que possa raciocinar, impõe-se-lhe a necessidade de analisar a veracidade das premissas, sem o quê, saem-lhe falsas as conclusões. Quando esses alicerces se vêem abalados, instala-se a insegurança, a instabilidade a volubilidade que, para além dos aspectos psicológicos, interfere nos direitos da cidadania e da valorização da dignidade humana.³

Alceu Amoroso Lima, no prefácio que escreveu em 1960 para a segunda edição do seu livro *Introdução ao Direito Moderno*, menciona quatro grandes abalos sofridos pela humanidade. A relativa estabilidade em que vivera o Homem por um milênio e meio, a partir do início da Era Cristã, passou por quatro sismos, que o autor denominou *rupturas* e que trouxeram profundas inquietações e instabilidades que exercem ainda hoje pesada influência no pensar e no agir da Humanidade. A primeira delas, cronologicamente e talvez em importância, ocorreu na esfera religiosa e situou-se no ano de 1517, com a insurgência de um monge insubordinado, gerando, então, o Protestantismo. Antes que se completassem trezentos anos desses fatos, no ocaso do século XVIII, em 1789, outro fator de desequilíbrio nasceu com a Revolução Francesa, que Amoroso Lima identifica como uma quebra da continuidade histórica entre o Presente e o Passado, “tanto com a *Antiguidade medieval* como com a *antiguidade clássica*.” A partir daí os acontecimentos se precipitaram e em pouco mais de um século irromperam dois outros grandes acontecimentos: Em 1848, iniciou-se, com a Revolução Industrial, a luta entre o Capital e o Trabalho que, de certa forma, preparou, no decurso de outro meio século, a Revolução Comunista, de

³ LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1961, p. 9-16.

1917.⁴

Essas rupturas sucessivas provocaram, no espírito do mundo moderno, um desassossego, uma inquietação, uma insegurança, uma angústia, que são sinais típicos dos tempos que estamos vivendo.

Essas quatro grandes fraturas, na realidade, quatro profundas Revoluções, ocorreram no curtíssimo espaço de exatos quatrocentos anos e produziram material suficiente para, juntamente com a Religião, a História, a Economia e a Filosofia, convulsionar o pensamento jurídico, levando à conclusão a que chegou o grande pensador: o Ceticismo Jurídico.⁵

1.1 Segurança Jurídica

A coordenadora dos estudos em homenagem ao ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal José Paulo Sepúlveda Pertence, Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao falar sobre o tema do livro *Constituição e Segurança Jurídica*, registra que:

Vivemos tempos de insegurança. No entanto, a segurança continua sendo não apenas um objetivo, mas uma necessidade cada vez mais intensa dos homens deste como de todos os séculos. Discursos, propostas, avisos sobre segurança não provam senão o quanto de insegurança domina os medos, receios, anseios dos homens.⁶

O pronunciamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha foi ratificado em 2006 na primeira reunião preparatória para a XIV Cúpula Judicial Ibero-americana, quando o presidente da Suprema Corte de Justiça paraguaia, assim se pronunciou:

“El individuo que carece de un mínimo grado de certeza en cuanto al presente y al futuro de sus relaciones jurídicas y no jurídicas, es un ser expuesto, indefenso, a quien se le niega lo esencial de lo humano” ... (O indivíduo que carece de um mínimo grau de certeza com relação ao presente e ao futuro de suas relações jurídicas e não jurídicas, é um ser exposto, indefeso, a quem se nega o essencial do ser

⁴ LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1961, p. 9-16.

⁵ LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1961, p. 15.

⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica*. In *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. Ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

humano).⁷

Sob a sombra da pós modernidade, a segurança jurídica vem sofrendo e está em crise desde o início do século. Luís Roberto Barroso traça sobre o assunto alguns exemplos:

Na Política, vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação, No Comportamento, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial. Vive-se a era (i) do poder dos meios de comunicação e (ii) da velocidade. Velocidade da informação e velocidade da transformação: novas gerações de computadores, novos instrumentos de conexão em rede universal, novas fronteiras nos medicamentos e na genética. As coisas são novas por vinte e quatro horas.⁸

José Afonso da Silva, ao falar sobre o tema e sobre os valores do direito, aduz que “a segurança é um dos valores que informam o direito positivo.”⁹ Ensina Recasens Siches que o direito nasceu para satisfazer uma necessidade urgente de segurança e de certeza na vida social e não com o fim imediato de buscar a justiça. Contudo, não é a segurança o objetivo último do direito e sim a realização do valor do justo:

*Efectivamente, si bien la justicia (y los demás valores jurídicos supremos) representan el criterio axiológico que debe inspirar al Derecho, y si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social.*¹⁰
[Efetivamente, se bem que a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representem o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e se bem que este não se justifique a não ser na medida em que cumpra as exigências de tais valores, contudo, o Direito não nasceu na vida humana em virtude do desejo de render culto e homenagem à idéia de Justiça, mas para preencher uma ineludível urgência de segurança e de certeza da vida social.]

Dentre os diversos fins atribuídos ao direito pelas correntes e escolas jurídi-

7 KIRMSER, José Raúl Torres. Seguridad Jurídica y Estado de Derecho. In XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria, Isla Margarita – Venezuela 8 al 10 de noviembre de 2006. Disponível em: www.pj.gov.py/fotos/SeguridadJuridicayEstadodeDerechoIslaMargarita.doc - Acesso em 15 fev. 2008.

8 BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2. ed. reimp. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. I, p. 51.

9 SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 15.

10 SICHES, Recasens. Vida Humana, Sociedad y Derecho. La Casa de España en Mexico, 1939, p. 121.

cas, a estabilidade ou segurança jurídica constitui um deles, ainda que remoto. Gustav Radbruch lembra que como o direito deve regular a vida social “não pode ficar entregue ao arbítrio das diferentes opiniões”. Defende a “*positividade do Direito*” como necessidade da segurança. Deste modo, a segurança não só integra o conceito de Direito como assentará as bases do próprio Direito positivo.

E acrescenta:

Ora, é precisamente ao pensarmos isto, que somos forçados a formular uma terceira exigência que não podemos deixar de fazer ao direito – ou seja, a considerar um terceiro ingrediente contido dentro da idéia de direito. Esse terceiro elemento é a **segurança**, a certeza, condição da Paz social.¹¹

Tércio Ferraz denomina a segurança jurídica de *valor supremo*:

Os efeitos imediatos de um processo (uma condenação, uma absolvição, uma declaração de direito) só são atingidos por meio de uma ação expressiva: uma decisão *in casu*. Mas a busca dessa decisão depende de um cálculo instrumental: a decisão deve satisfazer necessidades decorrentes de finalidades distantes, ou seja, a realização da justiça, da paz social, o asseguramento dos direitos individuais reconhecidos constitucionalmente, tudo manifestado num valor supremo, a segurança jurídica.¹²

A justiça diz respeito ao presente porque se baseia em julgamentos que acontecem no dia a dia, traduz liberdade, cultura, felicidade relativa. A segurança procura prevê o futuro por meio da regra jurídica com o fim de fazer perdurar situações para se obter ordem e paz. Muitas vezes no convívio da justiça com a segurança, a segurança do direito se abala e acarreta injustiça, leis autoritárias, absurdas. Deve-se buscar a harmonia de modo que uma não anule a outra.¹³

A segurança jurídica é o resultado da aplicação do sistema jurídico aos casos a ele submetidos, de modo que ao se praticar A tenhamos como resultado, B, C ou D e não importa em que época esse fato se dê.¹⁴

Para Gomes Canotilho, a construção constitucional liberal tem por fim a cer-

¹¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 160.

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: Um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*. nº 9, p. 40-48, 1995, p. 42.

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito – Investigação científica e intervenção na matéria social*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, t. IV, p. 193.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito – Investigação científica e intervenção na matéria social*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, t. IV, p. 194.

teza do direito.¹⁵

Atilio Aníbal Alterini acertadamente doutrina: “*La seguridad jurídica demuestra la certeza y la permanencia de las situaciones jurídicas, vale decir, de las que están regladas por el sistema del Derecho*”. (A segurança jurídica demonstra a certeza e a permanência das situações jurídicas, isto é, das que se acham reguladas pelo sistema jurídico).¹⁶

Ensina Gilmar Mendes que o princípio da segurança jurídica é um subprincípio do Estado de Direito, inigualável, que tem influência diretamente na idéia de justiça e que tem valor constitucional.¹⁷ Essa lição de natureza doutrinária foi repetida no voto que o autor proferiu no Mandado de Segurança nº 24.268 julgado em 5 de fevereiro de 2004.¹⁸

Antigamente – de acordo com Almiro do Couto e Silva – o direito brasileiro não dava importância à segurança jurídica, mas, nos últimos anos, a legislação da União e mais recentemente o próprio Supremo Tribunal Federal já se referem a segurança jurídica como um princípio constitucional.¹⁹

Miguel Reale, ao falar sobre a revisão dos atos administrativos, assim se expressa:

Não é admissível, por exemplo que nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exi-

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 2003, p. 109.

¹⁶ ALTERINI, Atilio Aníbal *apud* KIRMSER. José Raúl Torres. Seguridad Jurídica y Estado de Derecho. In XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria, Isla Margarita – Venezuela 8 al 10 de noviembre de 2006. Disponível em: www.pj.gov.py/fotos/SeguridadJurídicaYEstadodeDerechoIslaMargarita.doc - Acesso em 15 fev. 2008.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 474-475.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.268. Impetrante: Fernanda Fiuzza Brito. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e Gerente de Recursos Humanos da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda-Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2004. STF, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>> . Acesso em: 28 jun. 2009.

¹⁹ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004, p. 278.

gidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convaler, – como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, – mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.²⁰

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são elementos constitutivos do estado de direito.²¹ De uma maneira geral o princípio da segurança jurídica se refere aos componentes objetivos da ordem jurídica, ou seja, garantia da estabilidade, segurança de orientação e realização do direito, enquanto o princípio da confiança se refere aos componentes subjetivos da segurança. Esses dois princípios exigem confiança, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder para que o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos, perante qualquer ato do poder público, seja ele, legislativo, executivo ou judiciário.²²

Relata o Presidente da Suprema Corte do Paraguai, José Raul Kirmser que,

Interesada en consolidar las bases del Estado Constitucional la declaración principal de la VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia ha sostenido: “El moderno Estado de Derecho se caracteriza por la seguridad jurídica, certeza, confianza y posibilidad real de que se otorgue a toda persona lo que por Derecho le corresponde.”²³ (Interessada em consolidar as bases do Estado Constitucional a declaração principal da VIII Cúpula Ibero-americana de Presidentes de Cortes Supremas e Tribunais Supremos de Justiça sustentou: “O moderno Estado de Direito se caracteriza pela segurança jurídica, certeza, confiança e possibilidade real de outorgar-se a toda pessoa o que por direito a ela corresponde”).

Não é de hoje que a segurança, aí compreendida também a segurança jurídica, é tida ao lado da justiça e mais recentemente, do bem-estar social, como um dos fundamentos do Estado e do Direito. “... [R]ecebe-se em segurança aquilo que

²⁰ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 70-71 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 474.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 2003, p. 257.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 2003, p. 257.

²³ KIRMSEK. José Raúl Torres. *Seguridad Jurídica y Estado de Derecho*. In XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria, Isla Margarita – Venezuela 8 al 10 de noviembre de 2006. Disponível em: www.pj.gov.py/fotos/SeguridadJuridicayEstadodeDerechoIslaMargarita.doc - Acesso em 15 fev. 2008, 14:04

se concede em liberdade.”²⁴ Já em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão trazia em seu artigo 2º, a segurança, como um direito natural e imprescritível. A Constituição francesa de 24 de julho de 1793 conceituava em seu preâmbulo:

A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.²⁵

A Constituição brasileira de 1988 a tem como um direito individual ao lado de outros direitos, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, conforme disposto no *caput* do artigo 5º.²⁶ Aliás, lembra Sérgio de Andréa Ferreira que, no Brasil, a segurança vem assegurada desde o Preâmbulo da atual Constituição²⁷:

“Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar (...) a liberdade, a segurança.”

Com base no artigo 5º, § 2º, pode-se declarar com firmeza que a segurança é um princípio adotado pela própria Constituição:

§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A segurança, com o passar do tempo, foi se desenvolvendo tanto doutrinária como jurisprudencialmente e passou a abarcar um certo número de idéias e conteúdos, que segundo Luís Roberto Barroso englobam:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed reimp. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. I, p. 50.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed reimp. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. I, p. 50.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed reimp. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. I, p. 49-50.

²⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. O princípio da Segurança Jurídica em face das Reformas Constitucionais. *Revista Forense*. n. 334/191, abr./jun., 1996.

como os que devem ser suportados;

A igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas²⁸

Segurança jurídica quer também dizer segurança constitucional, pois somente após a observância do direito estabelecido na Constituição é que se pode garantir o direito infraconstitucional. Se a lei fundamental não pode ser preservada, tudo o mais que dela deriva, que a tem como base, não pode se sustentar.²⁹

Na lição de Kirmser:

*“Nada atenta más contra un sistema judicial, y el valor Justicia que éste realiza y representa, que la volubilidad de las decisiones” ... (Nada afronta mais o sistema judiciário e o valor da justiça que este realiza e representa do que a volubilidade das decisões).*³⁰

*La seguridad apela igualmente a un sentido de estabilidad del Derecho, vale decir, la vigencia de un sistema normativo que no está sujeto a ocurrencias circunstanciales, sino que se afirma en la seria garantía de modificaciones que, de ser necesarias, vienen sugeridas por la experiencia y siempre por vía de mecanismos constitucionales incuestionables.*³¹ (A segurança reclama igualmente um sentido de estabilidade do direito, isto é, a vigência de um sistema normativo que não esteja sujeito a ocorrências circunstanciais, e sim que se funde numa garantia séria de modificações que, sendo necessárias, vêm sugeridas pela experiência e sempre por meio de inquestionáveis mecanismos constitucionais.)

“Cuando impera la ley para todos, ninguna persona puede sentir el temor a arbitrariedades que son incompatibles con un verdadero Estado de Derecho.” (Quando a lei impera para todos, ninguém pode sentir o temor de arbitrariedades que são incompatíveis com um verdadeiro Estado de Direito.)³²

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed reimp. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. I, p. 50-51.

²⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. In *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. 2. ed.rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 170.

³⁰ KIRMSEER, José Raúl Torres. *Seguridad Jurídica y Estado de Derecho*. In XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria, Isla Margarita – Venezuela 8 al 10 de noviembre de 2006. Disponível em: www.pj.gov.py/fotos/SeguridadJuridicayEstadodeDerechoIslaMargarita.doc. Acesso em 15 fev. 2008, 14:04

³¹ KIRMSEER, José Raúl Torres. *Seguridad Jurídica y Estado de Derecho*. In XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria, Isla Margarita – Venezuela 8 al 10 de noviembre de 2006. Disponível em: www.pj.gov.py/fotos/SeguridadJuridicayEstadodeDerechoIslaMargarita.doc. - Acesso em 15 fev. 2008, 14:04

³² KIRMSEER, José Raúl Torres. *Seguridad Jurídica y Estado de Derecho*. In XIV Cumbre Judicial Ibe-

A segurança jurídica implica a vigência da supremacia da Constituição com plenas garantias para o homem e a sociedade.³³

Considere-se, contudo, que o princípio da segurança jurídica é de natureza constitucional, como lembra o Ministro Gilmar Mendes:

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.³⁴

1.2 Supremacia da Constituição

O homem tem sua conduta submetida a um conjunto de normas. Para que se saiba qual norma aplicar e o valor de cada uma, e evitar que elas incidam todas ao mesmo tempo, sem se saber qual delas seguir, elas estão dispostas hierarquicamente, de forma que, como explica Kelsen, uma norma tem o seu fundamento de validade em outra norma superior e assim por diante. Para que esse sistema seja eficaz é necessário que se tenha um fim, senão ficariam eternamente buscando validade. A norma suprema, que está no alto da hierarquia, segundo Kelsen, é a *Grundnorm* (norma fundamental), esta é a norma limite, é da validade dela que deriva a validade de todas as outras, é a que proporciona a unidade do sistema normativo como fundamento de validade de um determinado ordenamento jurídico.³⁵ A mais eficaz garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo é o fato de todos os atos

roamericana, Primera Reunión Preparatoria, Isla Margarita – Venezuela 8 al 10 de noviembre de 2006. Disponível em: www.pj.gov.py/fotos/SeguridadJuridicayEstadodeDerechoIslaMargarita.doc. - Acesso em 15 fev. 2008, 14:04

³³ KIRMSEER, José Raúl Torres. *Seguridad Jurídica y Estado de Derecho*. In XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria, Isla Margarita – Venezuela 8 al 10 de noviembre de 2006. Disponível em: www.pj.gov.py/fotos/SeguridadJuridicayEstadodeDerechoIslaMargarita.doc. Acesso em 15 fev. 2008, 14:04

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 9 de maio de 2007. STF, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 269.

normativos estarem subordinados a uma Constituição e em conformidade com ela.³⁶

Aos juízes cabe interpretar as leis, e havendo discrepância entre elas, a que tiver maior hierarquia deve prevalecer. Assim, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.³⁷

A glória da implantação da Constituição no ápice da pirâmide legal coube a jurista americano, Marshall, na famosa disputa travada por *Marbury v. Madison*, em 1803. Confronto, inicialmente, político e, depois, judicial entre as hostes federalistas e os partidários de Jefferson. De qualquer forma, as divergências entre a colônia e a metrópole, aliadas às dificuldades políticas que claramente se delineavam, desde que o Presidente eleito, Jefferson, ameaçava não cumprir a decisão da Suprema Corte, empurrou Marshall para a histórica decisão da inconstitucionalidade da lei que outorgava o *mandamus* a Marbury.

A medida que o tempo foi passando e esqueceram-se as circunstâncias em que a decisão foi tomada, o caso ganhou maior dimensão e foi lembrado unicamente como o precedente em que se determinou “a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das majorias legislativas”.³⁸

Entretanto, nota Alfredo Buzaid³⁹ que, dois séculos antes da histórica decisão, o gênio português já trilhara esse caminho, em 1603, quando estabelecera nas Ordenações Filipinas (Liv. I, Tít. 58, n. 17):

E informar-se-ha ex officio, se ha nas Cameras algumas posturas prejudiciaes ao povo e ao bem comum, postoque sejam feitas com a solemnidade devida, e nos screverá sobre ellas com seu parecer. e achando que algumas não foram feitas, guardada a fôrma de nossas ordenações, as declarará por nullas e mandará que se não guardem.⁴⁰

Contudo, no Brasil, pelo menos em três casos não se aceitou o poder sobe-

³⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 2. ed ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1990. p 10.

³⁷ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais? *Revista da AJUFE*, v. nº 22, nº 77, p nº 261-286, jul./set., 2004

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed rev. e atual. de acordo com a EC nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

³⁹ BUZOID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 19-20.

⁴⁰ Ordenações Filipinas. Liv. I, Tít. 58, n. 17.

rano e definitivo do Supremo Tribunal Federal, ao decretar a inconstitucionalidade, alegando-se o caráter meramente político, despido de qualquer caráter jurídico das decisões dadas.⁴¹

O primeiro caso ocorreu em 1911 quando o então Presidente da República, Marechal Hermes da Fonseca, se recusou a cumprir decisão do Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

Apreciando, no exercício de um dever constitucional, a “legitimidade e alcance” do decreto judiciário, emanado do Supremo Tribunal Federal, entendi que o mesmo exorbitava das atribuições que a Constituição e as leis assinalam àquele poder e constituía, com patente invasão às atribuições dos outros poderes soberanos da Nação, uma deturpação do regime, de consequências incalculáveis e funestas; por isso resolvi não dar cumprimento à ordem judiciária e levar o fato ao conhecimento do Congresso Nacional, autoridade competente para decretar a minha responsabilidade pelos atos que, no exercício do mandato que o povo brasileiro me confiou, eu praticar com infração da Constituição e das leis. Em rápidas considerações, espero demonstrar a ilegalidade e o arbítrio do decreto judiciário daí resultando o dever em que fiquei de lhe negar execução.⁴²

Essa desobediência foi recebida com reprovação geral. Amaro Cavalcanti, Pedro Lessa, Cândido de Oliveira, Visconde de Ouro Preto foram alguns dos nomes que repudiaram essa atitude.⁴³

O segundo caso deu-se em 1915, já na presidência de Venceslau Brás, que cumpriu a decisão, mas fez questão de ressaltar o seu ponto de vista contrário. A resposta desta vez, partiu de Rui Barbosa que lembrou que a autoridade soberana, arbitral pela qual a Suprema Corte americana decide, em última instância, nasceu de uma inferência de seus interpretadores e viu-se tão essencial, que passou a ser considerada como princípio ao qual tudo o mais ficou sujeito, não sendo necessária a declaração em texto constitucional.⁴⁴ A constituição americana de 1787 trazia expresso em seu artigo VI, cláusula 2ª que: “*this Constitution (...) shall be the*

⁴¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 136.

⁴² FONSECA, Hermes da Fonseca. Mensagem dirigida ao Congresso Nacional, em 22.2.1911 *apud* BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 136-137.

⁴³ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 137.

⁴⁴ BARBOSA, Rui. Comentários, coligidos por Homero Pires. v. IV, p. 276-277 *apud* BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 138-139.

*supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)*⁴⁵ Esta Constituição deve ser a suprema lei do país; e os juízes em cada estado devem ser por ela limitados.

No Brasil, a bem sucedida experiência americana, foi posta em texto expresso, e a despeito disso há quem queira dizer como o Poder Judiciário deve julgar este ou aquele caso, julgando constitucional ou inconstitucional determinado ato.⁴⁶

Famosa loucura, incrível obliteração do senso político, pasmosa inversão de tôdas as idéias jurídicas, sacrifício inaudito da verdade legal, exemplo funesto dado aos futuros legisladores do compromisso para com as mais sagradas expressas e solenes disposições do direito fundamental de um país republicano!

Lá, basta uma inferência para estabelecer a suprema autoridade do tribunal; aqui, a letra expressa da Constituição não vale nada!⁴⁷

No terceiro caso, o Supremo Tribunal Federal analisando questão tributária relativa ao imposto de renda sobre vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, considerou inconstitucional a norma. O Presidente Getúlio Vargas, contrariando a decisão do Tribunal, baixou o decreto-lei 1.564, de 5 de setembro de 1939, do seguinte teor:

Decreto-lei nº 1.564 de 5 de setembro de 1939

Confirma os textos da lei, decretados pela União que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo,

Considerando que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais;

Considerando que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão eqüitativa do ônus do imposto, decreta:

Artigo único. São confirmados os textos da lei, decretados pela União, que

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 47.

⁴⁶ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 138.

⁴⁷ BARBOSA, Rui. Comentários, coligidos por Homero Pires. v. IV, p. 276-277 *apud* BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 138-139.

sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.⁴⁸

Os artigos da Constituição de 1937, então vigente, invocados pelo Presidente para contraditar o Supremo Tribunal assim dispunham:

Art. 180. Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-lei sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

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 do 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.⁴⁹

A despeito das críticas feitas ao Presidente da República, deve observar-se que havia específica autorização constitucional para contestar o Supremo Tribunal, apesar do modo invulgar de alterar a Constituição.

Segundo Gilmar Mendes esse caso exprime com clareza o quanto a Constituição foi desacatada:

Registre-se, entre os mais significativos exemplos desse desprezo à sua Constituição e da *eficácia* daquele estranho modelo de controle de constitucionalidade, a decisão do Presidente da República de *confirmar* – tornando sem efeito julgado so STF que os declarara inconstitucionais – textos de *leis* da União, que ele editara, com base no artigo 180 daquela Carta Política, determinando a incidência do imposto de renda sobre os vencimentos dos servidores estaduais e municipais.⁵⁰

Lembra o autor, que a Constituição Polaca, mesmo sendo autoritária, após sua promulgação, desprendia-se daqueles que a outorgaram e tornava aparente seu direito objetivo, sua força de lei, de modo que era invocada constantemente para rebater os atos presidenciais que ofendiam seu texto. Isso traduzia a coragem com que freqüentemente questionava as ações dos governantes e os perturbava para

⁴⁸ Curiosidades da Evolução do Imposto de Renda. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Memoria/irpf/curiosidades/curiosidades.asp>. Acesso em: 10.jun.2009, 17:30.

⁴⁹ CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1971, p. 314 e 331.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.160.

transformá-la de acordo com seus propósitos autoritários.⁵¹

Desde a constituição pátria de 1890 o Brasil vem considerando nulo o ato inconstitucional. Tal entendimento foi consagrado pela doutrina e jurisprudência unanimemente, até que sob a influência dos sistemas austríaco e alemão, surgiu o controle concentrado. A partir daí, a doutrina da nulidade *ex tunc* foi sendo atenuada, foi sofrendo alterações para se adequar aos casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.⁵²

O controle de constitucionalidade é uma consequência das constituições rígidas onde diferenciamos o poder constituinte que tem como resultado a Constituição, e os poderes constituídos, de onde emanam as outras leis, que estão abaixo da Constituição e são por ela limitados.⁵³

A constituição não é uma “simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual”, é uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.⁵⁴

O legislador está vinculado à constituição de modo que, só serão válidas as leis materialmente conformes a constituição. A alteração da constituição por meio de leis, salvo as leis de revisão, emendas constitucionais previstas e elaboradas na própria constituição, é proibida.⁵⁵

O princípio da supremacia da Constituição decorrente do caráter rígido da Magna Carta impede que leis ordinárias revoguem o seu texto, tendo por inconstitucionais quaisquer leis incompatíveis ou inconciliáveis, total ou parcialmente.⁵⁶

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.160.

⁵² MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos de provimento final em sede de controle abstrato. *Revista da Esmape*, Recife, v. nº 6, nº 13, p nº 291-309, jan./jun., 2001, p. 293.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.221.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 2003, p. 245 e 246.

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 2003, p. 246.

⁵⁶ MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos de provimento final em sede de controle abstrato. *Revista da*

O reconhecimento de um ato praticado com base em uma lei cuja inconstitucionalidade tenha sido decretada, implica a derrogação parcial e temporária da Constituição por lei inferior. A Constituição não pode proibir e uma lei infraconstitucional permitir sem que este ato seja nulo. Reconhecer-lhe validade é permitir que uma lei inferior derroque a Constituição por tempo suficiente para a prática desse ato.

Lúcio Bittencourt diz que é inconstitucional o ato que venha a ferir o espírito da constituição, se este estiver positivado em uma de suas normas.⁵⁷ Pontes de Miranda vai além e fala da “regra jurídica *não-escrita* de direito constitucional”.⁵⁸

É preciso ter-se sempre em vista que a regra jurídica *não-escrita* de direito constitucional corta a legislação ordinária que dela discrepe, como a cortaria a regra *escrita* de direito constitucional. O direito constitucional é unidade; e o fato de nele haver regras jurídicas escritas e regras jurídicas não-escritas não lhe quebra a homogeneidade.⁵⁹

Aliás, cerca de duzentas páginas antes, já ensinara o autor:

Nos nossos dias, o contingente de regras não-escritas de direito constitucional é enorme: não só porque o direito constitucional supõe *princípios gerais* concernentes ao conceito de Estado e desenvolvíveis tautologicamente, ou ao conceito de federação, ou ao conceito de Município, ou relativos à divisão e à harmonia dos poderes (...) como porque a ciência procede, quotidianamente, a crítica cerrada de conceitos e de enunciados, fixando-os, ou precisando-os, de modo que o intérprete de uma Constituição tem de lançar mão de todo esse material rico – e enriquecível a cada momento – pelo esforço de espíritos de seu país e de fora.⁶⁰

A constituição é a norma fundamental e suprema do Estado. Para Clèmerson Merlin Clève,

A compreensão, todavia, da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento da supremacia da Constituição na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) essa referida qualidade.⁶¹

Esmape, Recife, v. nº 6, nº 13, p nº 291-309, jan./jun., 2001, p. 292.

⁵⁷ BITTENCOURT, Lúcio C. A. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2. ed. atual. por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 53-55.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (arts. 1º ao 7º). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. I, p. 301.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (arts. 1º ao 7º). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. I, p. 301.

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (arts. 1º ao 7º). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. I, p. 103.

⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20 e 21.

Está situada no vértice da pirâmide. Todas as demais normas estão abaixo dela e só serão válidas se estiverem de acordo com ela. Forma-se uma hierarquia que confere à Constituição “a mais alta expressão jurídica da soberania”.⁶² Para garantir que nenhuma norma inferior a ela seja-lhe incompatível, há o controle de constitucionalidade.

Esta posição singular, da Constituição federal, que não poderia ser afrontada impunemente por nenhuma norma necessita de mecanismos para garantir juridicamente essa referida qualidade.

A fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos implica a satisfação de alguns pressupostos. São eles, pelo menos, os seguintes: (i) existência de uma Constituição formal; (ii) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais); e (iii) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.⁶³

Esse controle é exercido nas constituições rígidas, para garantir a sua supremacia. Essas constituições são assim determinadas pela maior dificuldade no processo de alteração de seu conteúdo, conferindo-lhes estabilidade.

Essas dificuldades em aprovar uma nova norma constitucional garantem que a Constituição não seja alterada a todo o momento, sob pressão de certos acontecimentos, oscilações e mudanças políticas. Contudo, isso não impede que ela seja atualizada e se mantenha atual.⁶⁴

Para Bryce, a distinção entre todas as constituições está na posição que a constituição assume dentro do ordenamento jurídico. Se ela está acima, num plano hierárquico superior ao das leis ordinárias e possui características próprias, ela é rígida. Se está no mesmo patamar das leis ordinárias, sem nenhum alicerce que a coloque em um nível superior, então é flexível.⁶⁵

Examinados os pressupostos da segurança jurídica e da supremacia da Constituição é preciso que se analise também a existência, a validade e a eficácia

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 222.

⁶³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 23.

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. II, p. 146.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. II, p. 147.

dos atos que se contrapõem a Constituição.

Capítulo 2

MUNDO FÁCTICO E MUNDO JURÍDICO – EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

2.1 Mundo fáctico e Mundo Jurídico

Pontes de Miranda e os autores que o seguem costumam falar em existência de um mundo dos fatos e de um mundo jurídico.⁶⁶ Mundo dos fatos ou mundo fáctico é o mundo físico em que vivemos, em que nos relacionamos com outras pessoas, o mundo visível, enfim. Evidentemente, não são todos os fatos desse mundo físico que interessam ao direito. Ao direito não interessa, por exemplo, se alguma pessoa, que foi visitada por um amigo, *paga* a visita recebida. Da ausência ou do cumprimento desse *dever* social nenhuma consequência jurídica advém, embora possa ter seqüelas na área social ou no campo psicológico. Entretanto, cumprindo sua finalidade de regular o comportamento humano, pode o direito acatar, em um contrato de locação, a obrigatoriedade de uma *visita*, se o locatário, por exemplo, tiver se obrigado a efetuar o pagamento do aluguel na casa do locador. A falta dessa *visita* pode acarretar a mora e, conseqüente a ela, o direito de o locador receber juros de mora e, até mesmo requerer o despejo do inquilino. Para que tais fatos ocorram é necessário que o Direito descreva os fatos que quer regular, estipulando as conseqüências do descumprimento. Dir-se-á, nessa hipótese, que o fato de o proprietário de um prédio, ao permitir que alguém nele se aloje, mediante pagamento, interessou ao Direito e foi por ele regulado, atribuindo-lhe, no caso, o nome de contrato de locação. Assim, todo aquele que, sujeito à lei, combinar com alguém o uso temporário de um prédio mediante pagamento, terá concluído um contrato de locação, isto é, toda vez que os fatos previamente descritos pelo Direito (Leis) ocorrerem no mundo dos fatos, haverá a incidência da norma jurídica que os prevê. E a esses fatos previstos pelas leis dar-se-á o nome de suporte fáctico, significando isso, que es-

⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. I, p. 3 e 4, § 1º, 2.

se suporte fático entrou no mundo jurídico, passou a ser por ele regulado. Assim, as partes figurantes desse hipotético acontecimento, ainda que não o saibam, vincularam-se juridicamente.

Inicialmente precisamos distinguir o mundo fático do mundo jurídico, como os elementos do mundo fático entram no mundo jurídico, para depois, falarmos dos efeitos, da eficácia.⁶⁷

Diversos fatos ocorrem no mundo fático, mas só em determinadas circunstâncias, quando se compõe o suporte fático, é que esses fatos entram no mundo jurídico, tornando-se jurídicos.

Os fatos jurídicos são fatos que aconteceram no mundo fático e que, com a incidência da norma jurídica, através da perfeita adequação do fato a norma, passaram a ser fatos jurídicos.

Há fatos que interessam ao mundo jurídico e fatos que não lhe interessam. Somente os fatos que para ele têm importância é que podem ser fatos jurídicos. Pode haver somente um fato do mundo fático e este corresponder a mais de um fato no mundo jurídico.⁶⁸

A incidência da norma no suporte fático provoca a entrada dele no mundo jurídico,⁶⁹ mesmo que se desconheça a norma.⁷⁰

Àqueles que pretendem entender as leis, saber como interpretá-las e a maneira correta de julgar, devem ter bem arraigado o conceito de suporte fático (*Tatbestand*).⁷¹ sem esquecer que

As relações jurídicas, os direitos subjetivos, os deveres, as qualidades jurídicas das pessoas e das coisas não se passam no mundo das percepções visuais, auditivas, gustativas, tácteis; passam-se, são, no mundo do pensamento, que é parte do mundo total, razão por que se colam a fatos do mun-

⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. I, p. XVII.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. I, p. 6.

⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. I, p. 7. § 2º, 3

⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. I, p. 11. § 4º, 3

⁷¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. I, p. XI.

do perceptível e podemos provar, depois, terem-se colado: toda prova de direito é prova de *atos* que antecederam a ela, fatos sobre os quais a regra jurídica incidu, e da *regra jurídica*, escrita ou não escrita, como fato.⁷²

2.2 Existência, validade e eficácia

Nem sempre, porém, os fatos do mundo fático ocorrem com essa clareza e precisão. Com alguma freqüência, por deficiência do suporte fático, esses fatos podem deixar de entrar no mundo jurídico (inexistência) ou podem nele entrar com grave deficiência (nulidade) ou com deficiência mais branda (anulabilidade).⁷³ Assim, para se dizer se um ato é nulo ou anulável, primeiro é preciso verificar se o ato existe, ou não, isto é, se entrou, ou não, no mundo jurídico, pois, só o que existe, pode ser deficiente. Atestada sua existência, podemos apreciá-lo sob o ângulo da validade (nulidade ou anulabilidade). Só após essa dupla verificação, pesquisaremos se produziu ou deixou de produzir efeitos jurídicos (eficácia). A validade ou invalidade só se refere a atos humanos que entraram no mundo jurídico e assim se tornaram atos jurídicos. Por isso, desde logo, é preciso que se destaque que os conceitos de validade (nulidade e anulabilidade) são conceitos do mundo jurídico. O mundo fático não pode ser apreciado sob esses aspectos.

Essa classificação que tem e a que Pontes de Miranda dá grande importância começa a difundir-se na literatura jurídica nacional, de que é exemplo a monografia de Marcos Bernardes de Mello intitulada “Teoria do Fato Jurídico”, cujo tema foi limitado pelo autor, com a expressão “Plano da existência”. As situações pelas quais pode passar o ato jurídico são por ele assim descritas: a) existe, é válido e é eficaz; b) existe, é válido e é ineficaz; c) existe, é inválido e é eficaz; d) existe, é inválido e é ineficaz; e) existe e é eficaz e f) existe e é ineficaz.⁷⁴

Nas combinações que podem ser efetuadas – e as acima mencionadas es-

⁷² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. I, p. 7. § 2º, 3.

⁷³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV, p. 3. § 356, 1.

⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da existência)*. 7. ed, atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

gotam as espécies possíveis – variam os dados relativos à validade e à eficácia, mas o elemento existência permanece sempre invariável. De tudo isso se podem tirar duas conclusões: a) que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais; b) que o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos.

Essas conclusões demonstram a extrema propriedade e utilidade da proposta de Pontes de Miranda de considerar-se o mundo jurídico dividido em três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a *vida* dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações.⁷⁵

Ciente dos três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, diz-se, normalmente, que os atos jurídicos nulos são ineficazes.

A validade diz respeito ao momento em que o suporte fático se torna jurídico. Já a eficácia, é a “produção da juridicidade” do fato jurídico, é a produção de efeitos.⁷⁶ E neste ponto convém chamar a atenção para o fato de que os conceitos de validade e eficácia aqui expostos diferem dos mesmos conceitos expostos por Kelsen na Teoria Pura do Direito, para quem, “não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz”.⁷⁷ No tocante a validade, é preciso lembrar que o conceito hodierno de nulo não é o mesmo que o empregado pelos juristas romanos.

O *nec ullus* romano é sinônimo de inexistente, mas o nulo contemporâneo, existe, contudo existe anormalmente. E esse nulo pode causar efeitos, diferentemente do nulo romano, que pelo fato de não existir não pode causar efeito algum.⁷⁸

A despeito do erro dos processualistas alemães, sob influência dos civilistas romanizantes, de admitirem ação declaratória em caso de nulidade (absoluta), a doutrina mais recente repeliu a identificação do nulo com o inexistente (K. COSACK-H. MITTEIS, *Lehrbuch*, I, 8ª ed., 147; K. BURCHARD E H. O. DE BOOR, *Bürgerliches Recht*, I, 61; A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 189; HOPP, *Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaft*, 30 s.). A identificação denuncia que ainda se raciocina com o elemento romanístico, correspondente a convicções filosóficas e técnicas supe-

⁷⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da existência)*. 7. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 78.

⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV, p. 16. § 360,

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 293-294. Tradução de João Baptista Machado.

⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 618.

radas.⁷⁹

As deficiências que podem gerar invalidade – nulidade ou anulabilidade – são normalmente estabelecidas nas leis ou no sistema jurídico. Os exemplos mais marcantes são os que constam dos artigos 166 e 171 do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Não nos cabe aqui examinar cada uma das espécies previstas nesses artigos, pelo fato de nosso tema ser outro, mas temos que chamar especial atenção para o inciso VII, do art. 166. Muitas vezes, o legislador não utiliza os termos com o cuidado necessário e, não raro, emprega nulidade em vez de ineficácia.

Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. KELSEN, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é.⁸⁰

Tanto o ato nulo como o anulável são de suporte fático deficiente. O nulo é, em regra, ineficaz, ao passo que o anulável, é eficaz até que, por sentença, se diga

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV, p. 9, § 358, 1.

⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV, p. 15. § 359, 1.

que não tem eficácia.⁸¹

A questão da existência é anterior. E só depois de verificar se o ato existe, é possível pensar em validade e invalidade, é sem sentido falar em validade e invalidade do que não existe.⁸²

Da mesma forma, só se pode falar em defeito do que existe no mundo jurídico. Só o que existe é que entra no mundo jurídico.⁸³

Ainda que haja intenção de que o ato humano entre no mundo jurídico, o ato só se torna jurídico se, realmente, nele tiver penetrado. Não basta a intenção do agente para que seu ato entre no mundo jurídico. É preciso que ele já esteja no mundo jurídico para que seja nulo e anulável, pois, nulo e anulável são conceitos que não existem no mundo dos fatos, somente no mundo jurídico.⁸⁴

Nulo não se confunde com inexistente, tanto que em certos casos, embora raros, o nulo produz efeitos.⁸⁵

Com freqüência, porém, muitos juristas equiparam o nulo ao inexistente. É o caso de Kelsen, por exemplo. O ilustre jurista não duvida de que a decisão que decreta a inconstitucionalidade de uma lei é de natureza constitutiva negativa, uma vez que desconstitui a própria lei. Contudo, depois de admitir a sinonímia entre nulo e inexistente, não podia admitir a nulidade da lei inconstitucional, concluindo, logicamente, que a lei inconstitucional só podia ser anulável:

Le garanzie oggettive, che hanno al tempo stesso un accentuato carattere repressivo, sono la nullità e l'annullabilità dell'atto irregolare.

Nullità significa che un atto che si presenta come atto giuridico, e specialmente un atto dello stato, non è tale oggettivamente, in quanto è irregolare, non risponde cioè alle condizioni per esso stabilite da una norma giuridica di grado superiore. L'atto nullo manca in anticipo di ogni carattere giuridico, di modo che, per togliergli la qualità usurpata di atto giuridico, non

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV p. 3, § 356, 1

⁸² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV p. 7, § 357, 1.

⁸³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV p. 19, § 360, 2.

⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV p. 20, § 360, 2

⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. IV p. 20, § 360, 3.

*c'è bisogno di un altro atto giuridico. Se un tale atto fosse invece necessario, saremmo in presenza non già di una nullità ma di una annullabilità.*⁸⁶

(As garantias objetivas que têm ao mesmo tempo uma acentuada característica repressiva, são a nulidade e a anulabilidade do ato irregular.

Nulidade significa que um ato que se apresenta como ato jurídico, e especialmente um ato do Estado, não é objetivamente tal, enquanto é irregular, não satisfaz às condições para ele estabelecidas por uma norma jurídica de grau superior. Ao ato nulo falta antecipadamente todo o caráter jurídico, de modo que, para cassar-lhe a qualidade usurpada de ato jurídico, não se necessita de outro ato jurídico.. Se, em vez disso, fosse necessário um tal ato, já não estaríamos frente a uma nulidade, mas de uma anulabilidade.)

O Corpus Juris Secundum (v. 16, § 101), citado pelo Ministro Leitão de Abreu, relator do RE 79.343-BA, admite a existência de uma corrente que considera nula (=inexistente) a lei inconstitucional:

*Broadly, an unconstitutional statute is void, at all times and its invalidity must be recognized or acknowledged for all purposes, or as applied to any state or facts, and is no law, or not a law, or is a nullity, or of no force or affect, or wholly inoperative. Generally speaking, a decision by a competent tribunal that a statute is unconstitutional has the effect of rendering such statute null and void; the act, in legal contemplation, is as inoperative as though it had never been passed or as if the enactment had never been written, and it is regarded as invalid, or void, from the date of enactment, and not only from the date on which it is judicially declared unconstitutional.*⁸⁷

O próprio Ministro assim traduziu a citação acima:

Em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e a sua invalidade deve ser reconhecida e proclamada para todos os efeitos ou quanto a qualquer estado de fato. Não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Falando de modo geral, a decisão, pelo tribunal competente, de que a lei é inconstitucional tem por efeito tornar essa lei nula e nenhum; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante como se não tivesse sido emanado ou como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado inválido ou nulo, desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que é, judicialmente, declarado inconstitucional.⁸⁸

Contudo, em continuação ao texto transcrito, o Corpus Juris Secundum acrescenta:

⁸⁶ KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione, in *La giustizia costituzionale*, a cura di Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981. p. 162

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário nº 79.343. Requerente: José Pereira Cesar. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. RTJ 82, p. 794.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário nº 79.343. Requerente: José Pereira Cesar. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. RTJ 82, p. 793-794.

So, it has been held that an unconstitutional statute is not void, but only voidable, or unenforceable rather than void, or void in the sense that it is unenforceable, but not void in the sense that it is repealed or abolished, that a statute held unconstitutional remains inoperative as long as the decision holding it invalid is maintained, and that as long as the decision stands the statute is dormant but not dead. (Tem sido sustentado, por isso que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável, ou que é inexecutável em vez de nula, ou nula no sentido de que é inexecutável, porém não no sentido de que é anulada ou abolida; que a lei inconstitucional permanece inoperante enquanto a decisão que a declara inválida é mantida e que, enquanto essa decisão continua de pé, a lei dorme, porém não está morta.) Tradução: Ministro Leitão de Abreu.⁸⁹

Essa segunda opinião reflete a lição de Kelsen, mais acima citada, com a qual concorda o Ministro Leitão de Abreu:

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo **ab initio** ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade.⁹⁰

Gilmar Ferreira Mendes, referindo-se especificamente ao voto do ex-ministro Leitão de Abreu, lembra que a opinião do STF não se estremeceu em virtude dele:

Essa posição não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade **ipso jure**, até porque, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.⁹¹

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário nº 79.343. Requerente: José Pereira Cesar. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. RTJ 82, p. 794.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário nº 79.343. Requerente: José Pereira Cesar. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. RTJ 82, p. 795.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 255.

Capítulo 3

CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E DAS DECISÕES

A natureza jurídica tanto das ações como das decisões é um tema que, embora não seja, hoje em dia, muito discutido, é de suma importância para que se possa classificar a decisão sobre inconstitucionalidade.

Àquele mesmo povo que teve gênio político suficiente para a criação do julgamento das leis perante a Constituição, faltava a base de *teoria geral do direito* e de estudo da *eficácia das sentenças*, para lhe dar, mesmo agora, toda a clarificação científica que se havia (e se lhe há) de exigir.⁹²

Para respondermos qual a natureza e qual a eficácia das ações e das decisões sobre inconstitucionalidade é preciso ter em mente a classificação das ações e das decisões judiciais. Embora ainda haja, hoje, quem insista na divisão tríplice das ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias), Pontes de Miranda demonstra que, além dos três tipos já conhecidos, e com elas inconfundíveis, existem ainda as mandamentais e executivas em cujas decisões preponderam eficácias diferentes. No entanto, a doutrina tradicional insiste em dizer, e são exemplos Vicente Greco Filho⁹³, Alfredo Buzaid⁹⁴, que as ações são classificadas apenas em declaratórias, constitutivas e condenatórias. Para enquadrar uma decisão em qualquer das classes, é conveniente saber que não há decisões puras, todas têm um pouco de cada uma das outras e a que for predominante é a que dará nome à decisão, indicará a força da sentença.⁹⁵

As ações, pois, classificam-se como declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. A declaratória é assim denominada, porque a eficácia que prepondera é declaratória, e em menor escala a mandamental, a constitutiva, a condenatória e a executiva. Da mesma forma, as outras são assim classificadas de acordo com a força da eficácia que sobressai. Desse modo elas não são vis-

⁹² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 615

⁹³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2, p. 262

⁹⁴ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 71, § 35.

⁹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 617

tas só externamente, mas internamente.⁹⁶

Elas têm essas denominações não porque sejam preenchidas só por uma eficácia, mas porque, dentre os cinco tipos, há uma eficácia que prepondera e, assim, as denomina.

3.1 Classificação das ações

Cada uma das ações tem uma finalidade específica. E as ações se distinguem pelo escopo a que visam.⁹⁷ A declaratória tem por fim a declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica. No tocante as ações declaratórias, o Código de Processo Civil, depois de prever no art. 3º que é necessário ter interesse e legitimidade para propor ou contestar ações, prescreve no art. 4º que o interesse do autor pode limitar-se à declaração de existência ou inexistência da relação jurídica, acrescentando que ela pode versar também sobre autenticidade ou falsidade de documentos. Esse é o âmbito das ações declaratórias típicas, salientando-se que a autenticidade ou falsidade de documentos resume-se, na verdade, na declaração de existência, ou inexistência da relação jurídica.

Alfredo Buzaid ensina que o objetivo da ação declaratória “é alcançar sempre uma certeza jurídica, através de uma sentença revestida de autoridade de coisa julgada”.⁹⁸ Com maior precisão, doutrina Pontes de Miranda:

Supõe a pureza (relativa) do enunciado que se postula; por ele, não se pede condenação, nem constituição, nem mandamento, nem execução. Só se pede que se torne *claro* (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se *é*, ou se *não é*, a relação jurídica de que se trata. O enunciado é só enunciado de existência.⁹⁹

Dentre as diversas ações declarativas, em que preponderantemente se declara, podemos citar as ações declaratórias de incapacidade civil, a de extinção *ipso jure* de sociedade e, talvez, a mais usual e importante, a ação de usucapião de imóvel. Recorde-se que o usucapião, como o registro, constitui meio de aquisição. Por

⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p. 117-118.

⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 22.

⁹⁸ BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 153.

⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p.118.

isso, o art. 1.238 do novo Código Civil, com propriedade terminológica, estipula:

Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório do Registro de Imóveis.

Em segundo lugar, vêm as ações constitutivas que, em sua grande maioria são, na verdade, constitutivas negativas, sendo raros os casos de constitutivas positivas.¹⁰⁰ O maior campo de aplicação dessas ações é precisamente o de nulidade ou de anulabilidade, de rescisão e resolução de atos jurídicos, que, uma vez decretada, os exclui do mundo jurídico. Mas outras há, como as ações decretatórias de falência (normalmente tidas por declaratórias), ação de suplemento de idade, ação de interdição e, na área do direito público, as ações de desapropriação.

Tem por fim a criação, alteração, extinção da relação jurídica.¹⁰¹ E difere da ação declaratória como explica José Frederico Marques:

Também nas ações constitutivas provoca-se uma decisão em que há, antes de tudo, a declaração de certeza da subsistência, das condições predeterminadas em lei, para que possa produzir-se a mudança ou alteração jurídica; e a isto se acrescenta a própria mutação em que se consubstancia o seu efeito constitutivo. Clara, portanto, a diferença entre ação constitutiva e ação declaratória, uma vez que na última não se opera modificação alguma no *statu quo ante*, mas tão-só se declara existente ou inexistente relação jurídica anterior.¹⁰²

A questão de inconstitucionalidade das leis é *quaestio iuris*, podendo ser *quaestio iuris praeiudicialis* ou *quaestio iuris principalis*. Até 1988, só existia, no Brasil, o controle de constitucionalidade de casos concretos e incidentais ou prejudiciais, onde primeiramente deveria ser resolvida a questão da constitucionalidade da lei para depois ser julgado o litígio. O fato de a decisão do litígio ser declaratória não se confunde com a natureza da decisão prejudicial de constitucionalidade, que, se positiva, é constitutiva, e, se negativa, declaratória. Muitos, afirmam que a decisão sobre

¹⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p. 121.

¹⁰¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed, rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2, p. 53

¹⁰² MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed, rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2, p. 54

inconstitucionalidade é declaratória.¹⁰³

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 o tribunal diria: “Não existe”; e a eficácia seria a de toda decisão declarativa. A decisão desfavorável à decretação de inconstitucionalidade, essa, não; é sempre declarativa negativa, como acontece a toda decisão desfavorável, em qualquer ação declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva.¹⁰⁴

Se com a decisão de constitucionalidade se dissesse somente é, ou não é constitucional, não haveria problema em dizer que a decisão é declaratória, mas a decisão também aprecia a nulidade.¹⁰⁵

Segundo Pontes de Miranda:

A atribuição da força declarativa à decisão sobre nulidade foi um dos grandes erros de parte da ciência alemã; porque os juristas não haviam prestado atenção a que a decretação da nulidade poderia ser em ação declaratória – não porque nulidade se declare, e sim porque, se a nulidade é decretável, *incidenter*, em qualquer ação, assim, na ação declaratória, decretável é. Quando eles viram o engano, de que foram vítimas, já os tratados haviam repetido a impensada proposição.¹⁰⁶

Ora nenhum jurista de segura terminologia jurídica confunde os três planos: o da existência, em que o fato jurídico, inclusive a regra jurídica como fato, é ou não é; o da validade, em que o fato jurídico vale, ou não vale (= é nulo ou anulável); e o da eficácia, que é o da irradiação do fato jurídico. A eficácia supõe o ser; pois que, a despeito de ser, de ordinário, ineficaz o ato jurídico nulo, os sistemas jurídicos nos apresentam casos de efeitos de ato jurídico nulo.¹⁰⁷

Na ação declaratória, o resultado que se busca é saber se existe ou não a relação jurídica. O pedido que ela contém é para que se clareie o mundo jurídico, para que se possa ver se é ou não é. É caso simples de existência.¹⁰⁸ Diferente é o que ocorre com as ações constitutivas, nas quais algo se constitui (são espécies mais raras), nascendo, assim, a ação constitutiva positiva, ou algo se desconstitui,

¹⁰³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 617

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 619.

¹⁰⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 618.

¹⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 621.

¹⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 620.

¹⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p. 118.

caracterizando a ação constitutiva negativa, ou desconstitutiva. Por aí já se vê que as ações de nulidade, de anulabilidade e de rescisão, dentre outras, são o campo próprio das ações constitutivas (negativas).

As ações condenatórias, já velhas conhecidas da doutrina, de que são exemplos as ações de cobrança de dívidas, as ações indenizatórias e, no direito criminal, as ações penais, são atos nos quais os juízes por meio das sentenças transformam a sanção abstrata em concreta.¹⁰⁹

A ação condenatória, no entender de Liebman:

... tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente – e nisto ela não difere de todas as outras sentenças (função declaratória); em segundo lugar faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora).¹¹⁰

Ou, como ensina Frederico Marques referindo-se à lição de Liebman:

A ação condenatória, por essa razão, tem duplo fim: um, implícito, que é a declaração do direito existente, no que não difere das demais ações de conhecimento; e outro, explícito e específico, que é aplicação da sanção adequada ao caso concreto.¹¹¹

A classificação da ação mandamental foi criada por Kuttner, mas Goldschmidt, embora dizendo que “esta quarta classe de ação, assim classificada por Kuttner está ainda pendente de investigação científica”¹¹², traz ponderáveis argumentos no sentido de sua existência. Essa classe foi amplamente estudada por Pontes de Miranda.

Dentre as mandamentais, citem-se as mais comuns: mandado de segurança, habeas corpus, arresto, seqüestro e busca e apreensão.

A ação de execução é a prática da condenação, é “levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico.”¹¹³ “A execução torna efetivo, através do Estado, por ato dele, em prestação jurisdicional, o adimplemento que compe-

¹⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 16.

¹¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 16.

¹¹¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed, rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2, p. 52.

¹¹² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 151.

¹¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p. 121-122.

tia ao devedor.”¹¹⁴

3.2 Classificação das decisões

A classificação das decisões segue a classificação das ações; assim de ordinário, nas ações declaratórias pleiteia-se sentença declarativa; nas constitutivas, sentença constitutiva; nas condenatórias, sentença condenatória; nas mandamentais, sentença mandamental e, por fim, nas executivas, sentença executiva.

A propósito das ações declaratórias, ensina Chiovenda que o autor “quer, tão somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais”¹¹⁵. Alfredo Buzaid, na mesma linha, repete que o objetivo da ação declaratória “é alcançar sempre uma certeza jurídica”.¹¹⁶ E Celso Agrícola Barbi acrescenta que essa certeza jurídica só pode ser obtida por sentença judicial. Segundo ele, “nenhum ato da parte, nem a confissão, ou ato notarial, ou parecer de jurista, por mais ilustre que seja, confere a característica de certeza do direito que só decorre da sentença transitada em julgado.”¹¹⁷

A sentença declarativa é aquela em que se torna clara a existência ou inexistência de título ou de relação jurídica sem conter nenhuma exigência, pois normalmente não tem efeito executivo.¹¹⁸ “A sentença, nas ações declarativas, é de regra, desprovida do efeito executivo imediato ou mediato.”¹¹⁹ Vale como preceito e tem força julgada formal e material. A eficácia da sentença declarativa, que declara a existência da dívida, não se confunde com a eficácia do documento. Assim, embora, por sentença declarativa, se reconheça a existência de um título, não é a sentença

¹¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1978, t.VII, p. 24.

¹¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Tradução da 2. ed italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 210.

¹¹⁶ BUZOID, Alfredo. *A Ação Declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 153.

¹¹⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, t. I, p. 72.

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p. 197.

¹¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1971, t. II, p. 64.

que se torna exeqüível, mas o título, caso seja líquido e certo.¹²⁰

Resta saber-se se a sentença na ação declarativa que afirma a existência de dívida, com qualquer dos requisitos dos títulos executivos extrajudiciais, pode bastar à ação executiva. Preliminarmente, é preciso que se não confunda *eficácia sentencial* com *eficácia documental*: a sentença, como decisão declarativa, tem o efeito de preceitação; porém a dívida, que se declarou, pode ter, de si mesma, a executividade excepcional. Se, por exemplo, a sentença declarativa põe claro (é a sua função) que a dívida é certa e líquida, por existir conforme a escritura pública, ou o instrumento particular, subscrito pelo devedor e por testemunhas que a lei exija, a eficácia executiva é do documento, e não da sentença.¹²¹

Quando Francesco Carnelutti, nas Lezioni (II, n. 71), falou de “declaração constitutiva”, cometeu o erro enorme (com razão, E. T. Liebman, *Eficácia e Autoridade*, 28 s.) de tomar como classe de declaração a soma “declaração *mais* constituição”. Procedeu como o jardineiro que, tendo peras e uvas para vinho, dissesse “pereiral vinícola”.¹²²

“A constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico.”¹²³

A sentença que decreta a inconstitucionalidade de uma lei não é declarativa, mas desconstitutiva, pois modifica ou extingue a “relação de um direito por meio de sentença judicial”.¹²⁴

A sentença mandamental contém ordem, mandamento para que alguém faça o que o juiz ou tribunal determinou,¹²⁵ é um mandado para ser cumprido por outro órgão estatal.¹²⁶

¹²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1971, t. II, p. 64 e 66.

¹²¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1971, t. II, p. 66.

¹²² MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p. 202-203.

¹²³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p. 203.

¹²⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 147.

¹²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. (Arts. 32 – 117). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 616-617.

¹²⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 151.

Capítulo 4

EFEITOS DA DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Cumpramos esclarecer que o termo adotado para o resultado da decisão de inconstitucionalidade, quando positivo, é o de decretação e não o de declaração de inconstitucionalidade, pois filiamos-nos à corrente de Pontes de Miranda para quem a decretação de inconstitucionalidade é predominantemente constitutiva negativa e não declaratória.

4.1 A decretação de nulidade da lei

4.1.1 Decretação de nulidade total

A decretação de nulidade total ocorre quando não é possível salvar nenhum trecho da lei, ou seja, a lei não pode ser dividida em partes válidas e inválidas. Normalmente é verificada em casos de descumprimento de preceitos constitucionais que dizem respeito a processos legislativos: inconstitucionalidade formal por violação às normas constitucionais de repartição de competências entre a União, os Estados e o Distrito Federal.¹²⁷

4.1.2 Decretação de nulidade parcial

Pode ocorrer de o ato normativo não estar em contradição total com a Constituição, somente alguns artigos ou um só artigo contrariar a lei fundamental. Nesse caso a inconstitucionalidade vai incidir exclusivamente sobre o trecho que estiver colidindo. Entretanto, deve-se verificar se não há preceitos que dependam dessa parte que se pretende seja inconstitucional, pois se assim for, esses preceitos também se-

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1182-1183.

rão objetos da invalidação.¹²⁸

A teoria da divisibilidade da lei é aceita no direito brasileiro tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Sendo assim, pode-se decretar a inconstitucionalidade somente de uma parte da lei, enquanto a outra subsiste.¹²⁹ As prescrições compatíveis com a Constituição são julgadas plenamente eficazes se puderem por si próprias permanecer separadas e distintas das que foram afetadas.¹³⁰ Isso ocorre quando há a possibilidade lógica e jurídica de separação.¹³¹ Para tanto, deve-se verificar a relação de dependência e a intervenção no âmbito da vontade do legislador. Se houver dependência, não se pode falar em inconstitucionalidade parcial.¹³² Se houver alteração no sentido e no alcance do preceito, deve-se eliminar todo o dispositivo.¹³³

4.2 Decretação de nulidade parcial sem redução de texto

Nesse caso há a decretação de inconstitucionalidade sem a eliminação ou a alteração da expressão literal da lei. Significa reconhecer a inconstitucionalidade sob algum aspecto, em uma determinada situação. O texto vai continuar o mesmo, o que o Tribunal faz é restringir ou limitar a sua aplicação.¹³⁴

Segundo Lúcio Bittencourt, uma lei pode ser válida com relação a determinados números de pessoas e inválida com relação a outros.

¹²⁸ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 180.

¹²⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis apud MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1184.

¹³⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 126-127.

¹³¹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 180.

¹³² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1185.

¹³³ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 181.

¹³⁴ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 182.

4.3 Interpretação conforme à Constituição

Para se verificar se uma norma está ou não de acordo com a constituição é preciso que se interprete tanto a norma infraconstitucional como a própria constituição. Pode haver interpretações distintas com relação a mesma norma e a interpretação conforme a constituição é justamente a escolha dentre as diversas interpretações daquela que esteja em conformidade com a lei maior.¹³⁵

Somente por meio da interpretação é que se passa da “leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional.” A partir da letra é que se chega ao sentido da norma¹³⁶.

Para J. J. Gomes Canotilho é um princípio de controle que tem como objetivo garantir a constitucionalidade da interpretação. Para isso deve-se observar: o princípio da prevalência da constituição, que impõe que a interpretação em consonância com a constituição deve ser escolhida em detrimento de outras interpretações; o princípio da conservação de normas que preserva a constitucionalidade da norma em detrimento da inconstitucionalidade, quando isso for possível; e o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição, mas *contra legem* que impõe que o juiz não pode alterar o sentido da norma para lhe dar uma interpretação conforme.¹³⁷

E continua:

Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correção pelos tribunais (= proibição de correção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado

¹³⁵ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belém: Cejup, 1999, p. 184

¹³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. II, p. 256-257.

¹³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 2003, p. 1226-1227.

querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador¹³⁸

A presunção é de que os legisladores elaborem leis constitucionais; portanto qualquer dúvida deve ser resolvida preservando a norma. Sendo assim, devem os tribunais apenas julgar as normas inconstitucionais quando claras, completas e inequívocas forem as suas violações.¹³⁹

Jorge Miranda diz ser a interpretação conforme a constituição, um método de fiscalização da constitucionalidade, que se justifica em razão do princípio da economia do ordenamento ou do máximo aproveitamento dos atos jurídicos e não da presunção de constitucionalidade da norma.¹⁴⁰

A prudência do juiz de que a inconstitucionalidade não deve ser presumida, mas provada, não deve ser extremista a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei a qualquer custo.¹⁴¹ A interpretação constitucional tem que observar os valores “sem dissolver a lei constitucional no subjetivismo ou na emoção política”.¹⁴² A fronteira entre a interpretação e a criação é estreita e deve ser observada com muita cautela, pois o juiz não pode substituir o legislador.¹⁴³

Quando esse mecanismo de controle é usado e se escolhe qual modalidade de interpretação está em conformidade com a constituição, está se afirmando que essa interpretação é constitucional e, por conseguinte, que as demais são contrárias a constituição e inconstitucionais.¹⁴⁴

Não há alteração alguma no texto da lei, o que muda é a interpretação, que

¹³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 2003, p. 1227.

¹³⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 92..

¹⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. II, p. 267

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional *apud* VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 187

¹⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. II, p. 261.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional *apud* VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 187

¹⁴⁴ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 186.

a partir do julgamento só vai poder ser aquela dada pelo tribunal e que tem de estar em harmonia com a Constituição.¹⁴⁵

Para Luís Roberto Barroso, quando os tribunais decretam a inconstitucionalidade de uma lei, a competência para reger a matéria é devolvida ao Legislativo. Qualquer tentativa de estender ou restringir a interpretação além do razoável é interferir no legislativo.¹⁴⁶

Para Gilmar Ferreira Mendes, o Supremo Tribunal Federal pode decretar a inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado da decisão (decretação de inconstitucionalidade *ex nunc*); decretar a inconstitucionalidade com suspensão dos efeitos por tempo a ser fixado na sentença (decretação de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*; decretar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade.

4.4 Decretação de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade ou decretação de incompatibilidade

A lei do *Bundesverfassungsgericht* prevê que o tribunal alemão pode declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade.¹⁴⁷ Inicialmente, a Corte Constitucional não trazia em seu texto a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e as razões para tal decisão faziam parte dos fundamentos da decisão.¹⁴⁸ A partir de 1969, o tribunal passou a decidir, com frequência, sem declarar a nulidade. Pouco tempo depois, já entre 1980 e 1982 as declarações de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e as declarações de nulidade, já se equivaliam.¹⁴⁹

Essa modalidade de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade gera insegurança na doutrina, e o próprio *Bundesverfassungsgericht* contribui para isso, pois não especifica em que casos o tribunal deve deixar de decretar a nulidade. Em-

¹⁴⁵ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 187.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 202.

¹⁴⁸ KLAUS SCHLAICH, do *Bundesverfassungsgericht* *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 203.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 203.

bora houvesse insegurança e controvérsia sobre a aplicação do instituto, isso não foi suficiente para que ele desaparecesse, e diversos estados incorporaram esse tipo de decisão.¹⁵⁰

É preciso diferenciar a decretação de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade do apelo ao legislador. Tanto num como noutro, pode-se determinar que o legislador regule determinada matéria dentro de um espaço de tempo. Também não serve como distinção o fato de dispositivos declarados inconstitucionais poderem ainda ser aplicados. Certo é que o apelo ao legislador rejeita a arguição de inconstitucionalidade e anuncia que a lei ainda constitucional pode se tornar inconstitucional, enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade realmente decreta uma inconstitucionalidade.¹⁵¹

A recusa em proferir uma decisão de inconstitucionalidade no apelo ao legislador pode ocorrer quando de fato a lei ainda não é inconstitucional ou quando, o vício é diagnosticado, mas em observância a outros princípios constitucionais relevantes não deve ainda ser decretado. As decisões apelativas podem ser formas de se evitar a inconstitucionalidade de normas não compatíveis com a Constituição.¹⁵²

Rui Medeiros afirma que:

“A primeira nota que sobressai quanto às decisões de incompatibilidade é a incerteza que as rodeia.”¹⁵³

A lei de 21 de dezembro de 1970 permite que o Tribunal Constitucional Federal afaste a declaração de nulidade em determinados casos, mas não indica em quais casos e em quais circunstâncias o Tribunal pode usar esse instituto.¹⁵⁴

Um dos acórdãos do Tribunal Constitucional português destaca:

Por um lado, se, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma com for-

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 203.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 204

¹⁵² MEDEIROS, Rui. A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 676.

¹⁵³ MEDEIROS, Rui. A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 677.

¹⁵⁴ PESTALOZZA, Christian. Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen *apud* MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 677.

ça obrigatória geral, o Tribunal contribui para o reequilíbrio, ao mesmo tempo, e quase paradoxalmente, o exercício dessa competência, constitui um fator de incerteza e insegurança.¹⁵⁵

4.5 Eficácia *erga omnes*

A suspensão de execução da lei por meio do Senado Federal foi introduzida pela Constituição de 1934, com o objetivo de dar força normativa às decisões de inconstitucionalidade incidental proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁵⁶ Foi mantida pelas Constituições de 1946, 1967/1969 e 1988.

A proposta de emenda que posteriormente resultou na Emenda Constitucional nº 16, de 1965, já outorgava eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade decretadas pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, tal proposta não foi aprovada pelo Congresso Nacional. Permanecia ainda a necessidade de se encaminhar as decisões de inconstitucionalidade ao Senado Federal, para que esse suspendesse a execução da lei.¹⁵⁷ E pelo fato de a proposta ter sido rejeitada, o Supremo Tribunal passou também a comunicar ao Senado Federal os casos de decretação de inconstitucionalidade no processo abstrato.¹⁵⁸ Somente em 1974 e 1975, o Ministro Rodrigues Alckmin, por ocasião de consulta formulada pelo Diretor-Geral da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, esclareceu que a comunicação ao Senado Federal se justificaria nos casos de inconstitucionalidade incidental pelo fato de se analisar caso em concreto e a decisão não poder exercer efeitos fora da demanda em que foi proferida. Na ação direta, a decisão se refere a lei em tese, e já traz o e-

¹⁵⁵ ACÓRDÃO nº 206/87, de 17 de junho, in Diário da República, 1ª série, nº 156, de 10 de julho de 1987, pág. 2738 *apud* MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II, p. 504.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Mandado de Segurança nº 16.512. Requerente: Engenharia Souza e Barker Ltda e outros. Requerido: Senado Federal. Relator: Oswaldo Trigueiro. Brasília, DF, 25 de maio de 1966. STF, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84410&pgl=1&pgF=100000>>. Acesso em: 29 jan. 2010.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

feito de excluir sua eficácia.¹⁵⁹ O Ministro Octavio Gallotti, então Presidente da Comissão de Regimento Interno e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Eloy da Rocha aprovaram o parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, respectivamente em 5 de agosto de 1974 e 19 de dezembro de 1974.¹⁶⁰

O ato de suspensão da lei conferia eficácia *erga omnes* à decretação de inconstitucionalidade.¹⁶¹

As decisões de inconstitucionalidade decretadas pelo Supremo Tribunal Federal têm eficácia *erga omnes*. Essa eficácia se refere a parte dispositiva do julgado¹⁶² e impede que a questão seja novamente submetida ao Supremo Tribunal Federal.¹⁶³

A eficácia *erga omnes*, ou seja, eficácia contra todos, existe em decorrência de os legitimados do art. 103 da Constituição Federal atuarem em nome próprio, mas em defesa de interesse da sociedade como um todo. Isso torna desnecessária a suspensão da lei pelo Senado, que somente ocorre nos casos de inconstitucionalidade incidental, tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal, nesses casos é *inter partes*.¹⁶⁴

A eficácia *erga omnes* impede que a questão seja submetida novamente ao Supremo Tribunal Federal. Em Ação Declaratória de Constitucionalidade, se se chegar a conclusão de que a lei questionada é constitucional, deve vir expressamente declarado e o pedido deve ser julgado procedente. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a constitucionalidade da lei deve ser expressa e o pedido julgado improce-

¹⁵⁹ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Centro gráfico do Senado Federal, n. 57, a. 15, p. 223-328, jan./mar. 1978, p. 292-293.

¹⁶⁰ ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Centro gráfico do Senado Federal, n. 57, a. 15, p. 223-328, jan./mar. 1978, p. 292-293.

¹⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p.35 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

¹⁶² MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 326.

¹⁶³ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 237.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179.

dente. Não há alteração na lei, que continua em vigor. A validade da lei não depende de declaração judicial, pois não foi alterada em nada, continua vigendo como anteriormente a propositura da ação. O legislador também não fica impedido de alterar ou mesmo de revogar a norma em questão.¹⁶⁵

O tribunal estaria vinculado no caso de declaração de constitucionalidade? Ele poderia mudar de opinião e decretar a inconstitucionalidade de uma lei já declarada por ele constitucional?¹⁶⁶ A questão foi discutida na Alemanha e concluiu-se que o Tribunal não deve se ocupar novamente de questão já declarada constitucional, a não ser que haja “significativa mudança das circunstâncias fáticas” ou que haja “relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.” No Brasil, o tema é conhecido como inconstitucionalidade superveniente, e tal como na Alemanha também permite a reapreciação da matéria.¹⁶⁷

Não há dúvida de que a eficácia das decisões de improcedência em Ação Declaratória e de procedência em Ação Direta de Inconstitucionalidade é contra todos.

Aceita a idéia de nulidade de lei inconstitucional, sua eventual aplicação após a declaração de inconstitucionalidade equivaleria à aplicação de cláusula juridicamente inexistente.

Efeito necessário e imediato da declaração de nulidade há de ser, pois a exclusão de toda ultra-atividade da lei inconstitucional. A eventual eliminação dos atos praticados com fundamento na lei inconstitucional há de ser considerada em face de todo o sistema jurídico, especialmente das chamadas fórmulas de preclusão.¹⁶⁸

É certo entre nós que os atos não mais suscetíveis de revisão não são afetados pela decretação de inconstitucionalidade. De onde se conclui, que a rigor, a eficácia *erga omnes* não atinge esses atos.¹⁶⁹

A eficácia *erga omnes* não impede que o legislador edite norma idêntica a

¹⁶⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 326 e 327.

¹⁶⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 327.

¹⁶⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 332.

¹⁶⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 333.

¹⁶⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 334 e 335.

que foi julgada inconstitucional e nesses casos o Supremo Tribunal Federal tem processado e julgada tal ação.¹⁷⁰

4.6 Efeito Vinculante

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já se referia a essa expressão ao tratar da representação interventiva introduzida pela Emenda nº 7, de 1977. Trazia em seu texto que as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade por omissão, teriam eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.¹⁷¹

Na justificativa que acompanhou o Projeto de Emenda constitucional apresentado pelo Deputado Roberto Campos (PEC nº 130/92), em 1992, consta que esse instituto foi importado do direito processual alemão, sendo lá desenvolvido com o intuito de dar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional assegurando força vinculante não só a parte dispositiva, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes.¹⁷²

Em diversas decisões, os ministros do Supremo Tribunal Federal têm reconhecido eficácia vinculante, não só a parte dispositiva do julgado, mas também aos fundamentos que fizeram com que aquela decisão fosse tomada.

...A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e

¹⁷⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 335.

¹⁷¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 336.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Reclamação n. 1.987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 1º de outubro de 2003. STF, Brasília, 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272&pgl=1&pgF=100000> Acesso em: 31 jan. 2010.

desenvolvimento da ordem constitucional.¹⁷³

A EC nº 3, de 16 de março de 1993, baseou-se na Emenda Roberto Campos e as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações declaratórias de constitucionalidade de lei produzem eficácia contra todos e efeito vinculante com relação aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.¹⁷⁴

Já a lei 9.868 prevê que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, incluindo a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.¹⁷⁵

Como o instituto foi importado do direito alemão, deve-se buscar nele seu real significado. O efeito vinculante não se limita à parte dispositiva da decisão, abrange além da decisão do caso a decisão de casos semelhantes.¹⁷⁶

Ao adotar efeito vinculante pretende-se dar eficácia extra à decisão do Supremo Tribunal Federal resolvendo-se não somente o caso em questão mas outros similares, já que a norma que se extrai do conteúdo da parte dispositiva da decisão é norma abstrata.

Outro ponto importante, é saber se a decisão vincula o próprio Supremo Tribunal, ou se como consta da Lei 9868, os “demais órgãos do Poder Judiciário” é que ficam vinculados. Para evitar que se sustentem teses já superadas e para evitar um engessamento do Direito Constitucional, entende-se, pela própria dinamicidade do direito que o Supremo Tribunal Federal não fica vinculado.¹⁷⁷

O caráter transcendente do efeito vinculante abrange a norma que se extrai do caso em exame, e essa norma é a que é julgada constitucional ou inconstitucio-

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 184.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1218.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1218.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1220.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1222-1223.

nal.¹⁷⁸

A cautelar deferida em ação declaratória de constitucionalidade acarreta a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a lei que se discute. Na ação direta de inconstitucionalidade, tem-se a suspensão da vigência da lei examinada e em decorrência, de todos os processos que envolvam a aplicação do dispositivo legal questionado. O sobrestamento desses processos é inevitável até que se julgue o caso definitivamente. Tanto a cautelar deferida em ação declaratória de constitucionalidade como a deferida em ação direta de inconstitucionalidade tem efeito vinculante.¹⁷⁹

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1223.

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1225.

Capítulo 5

ARGUMENTOS ACERCA DO ART. 27 DA LEI 9.868/99

Cento e três dias após a publicação da Lei n. 9.868, de 11 de novembro de 1999, no Diário Oficial da União, a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL ingressa no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a constitucionalidade, dentre outros, do artigo 27 da lei. A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi autuada sob o número 2.154.

Alega em síntese, com relação ao artigo que é objeto desse estudo, que mesmo por maioria qualificada de dois terços e ainda que fundamentada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, não poderia o Supremo Tribunal Federal, manter eficaz, norma tida como inconstitucional, sequer por um minuto. Isso vulneraria o princípio da legalidade, posto que tal proposição só poderia ser legislada por meio de emenda constitucional e jamais por lei ordinária. Seria como admitir que uma lei inválida, pudesse ser válida por determinado tempo. E usar a segurança jurídica e o interesse social para acobertar interesse governamental. Além da ofensa ao princípio da legalidade, haveria também, indiretamente, ofensa ao princípio da igualdade formal, já que haveria benefício de uns em detrimento de outros.¹⁸⁰

Durante as férias forenses do ano 2.000, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, também ingressa com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra artigos da Lei 9.868, de 11 de novembro de 1.999. Dentre os artigos questionados de inconstitucionalidade está o artigo 27. Alega ofensa ao Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) e ao princípio da legalidade (art. 5º, II da CF).

Sustenta que importantes constitucionalistas têm defendido o dogma da nulidade da lei inconstitucional e afirma que qualquer efeito reconhecido por uma lei inconstitucional é suspender provisória ou parcialmente a Constituição.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL.

Há fatos, porém, que consagrados pelo longo tempo ou praticados como se fossem legais, torturam a doutrina jurídica. Para dar-lhes solução invocou-se a doutrina da estabilidade das relações jurídicas. Contudo, será a estabilidade de que aqui se trata a mesma que o princípio da legalidade pretende produzir, ou, pelo contrário, vai contra ela, atrita-se com o próprio princípio da legalidade? Existe norma jurídica a reger a espécie e o que se pretende é a não incidência dessas normas para preservar a estabilidade que o tempo, ou mesmo a repetição diuturna de tais atos terminou por estratificar.¹⁸¹

Na doutrina nacional, encontramos um artigo que se vem transformando em ponto de referência para aqueles que se interessam em se aprofundar no estudo dessa questão. Nele, Couto e Silva parte da distinção, no Estado de Direito, entre o material e o formal, apontando, em ambos, indícios de aparente ou real contradição. Sob o ponto de vista material os ideais de Justiça e de segurança jurídica já apresentam conflito; sob o ângulo formal, os direitos e garantias fundamentais e a proteção da boa-fé podem opor-se ao princípio da legalidade da administração pública. Solucionando a ocasional oposição da segurança jurídica com a Justiça, ainda que fale em prevalência da primeira sobre a segunda, no final parece admitir a inserção de um no outro:

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza.¹⁸²

Haverá realmente casos em que a Justiça deva ceder lugar à segurança jurídica? O Professor nos diz quais são:

Se é antiga a observação de que justiça e segurança jurídica freqüentemente se completam, de maneira que pela justiça chega-se à segurança jurídica e vice-versa, é certo que também freqüentemente colocam-se em oposição. Lembre-se, a propósito, o exemplo famoso da prescrição, que ilustra o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica, ou da interrupção da prescrição, com o triunfo da justiça sobre a segurança jurídica.¹⁸³

¹⁸¹ FURTADO, Miguel Pró de Oliveira. Estudo não publicado.

¹⁸² SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, ano 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987, p. 47.

¹⁸³ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, ano 20, n. 84, p. 46-63,

Na realidade é uma aplicação do provérbio: *Summum jus, summa injuria*. Mas será que os exemplos citados representam realmente hipóteses de conflito, ou a prescrição, aconselhada pela segurança jurídica, é apenas uma aplicação da própria Justiça? A justiça não se torna propriamente injusta, é apenas maneira de dizer, porque mais a frente, distinguindo justiça material do ideal de Justiça, existente no invocado mundo das idéias, *τόπος νοητός* (tópos noetós), de Platão, dirá:

Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça.¹⁸⁴

Admitida a existência do princípio da segurança, nasce a questão de se saber como aplicá-lo, à falta de especificações legais quanto ao lapso temporal. A prescrição, no caso do Direito Civil, vem com os prazos minuciosamente especificados no art. 178 (atualmente, art. 206 do novo Código Civil); Os prazos para que se adquira por usucapião também estão enunciados nos arts. 550 e seguintes (hoje, art.1.238) do mesmo Código Civil; o ato jurídico perfeito e a coisa julgada tornam-se imutáveis imediatamente após a conclusão de um, ou do trânsito em julgado do outro. E o invocado princípio da segurança a partir de quando gera direito?¹⁸⁵

O princípio da segurança jurídica é aplicado em duas situações distintas: a primeira, nos casos em que, com apoio em atos administrativos eivados de nulidade ou de anulabilidade alguém praticou algum ato e *adquiriu algum direito*. Nesses casos, desde que transcorrido *algum tempo*, doutrina e jurisprudência têm defendido a permanência desses direitos, mesmo que a Administração venha a nulificar ou anular o ato. A segunda, e que parece não ter precedentes nos tribunais do país, contempla a hipótese de certa interpretação, defendida pela doutrina e pelos tribunais durante *certo lapso de tempo*, vir a ser modificada pelo tribunal encarregado de dar

out./dez. 1987, p. 46.

¹⁸⁴SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. Revista de Direito Público, ano 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987, p. 47.

¹⁸⁵FURTADO, Miguel Pró de Oliveira. Estudo não publicado.

a última palavra sobre o assunto.¹⁸⁶

Da primeira hipótese, pode citar-se especialmente o RE n. 85.179-RJ (RTJ, 83/921), tida por Couto e Silva como o *leading case* na espécie, embora essa mesma decisão cite pelo menos dois outros casos semelhantes, de estudantes que, mediante mandado de segurança, conseguiram matricular-se em universidades. Tanta demora houve na solução de seus casos – em um deles um dos estudantes chegou a colar grau – que o próprio STF sentiu-se desencorajado de obrigá-los a reiniciar o curso superior. A terminologia então usada pelos Ministros traduz o que hoje se chama de *segurança jurídica*: no RMS n. 13.807-GB, de 3.3.1966 (RTJ, 37/249), o Ministro Prado Kelly não quis “*innovar na situação de fato e de direito, constituída pela concessão da liminar*”; o Ministro Hermes Lima fala em “*situação consolidada*”.

Muitos atos são praticados com base em lei que posteriormente vem a ser julgada inconstitucional. Assim, um funcionário nomeado e que exerceu sua função por longo tempo deve ser exonerado se a lei que o nomeou é tida como inconstitucional? Segundo Mauro Cappelletti:

Em matéria civil (...) e, às vezes, também em matéria administrativa, se tem preferido respeitar certos ‘efeitos consolidados’ (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em consideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um ínfimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas¹⁸⁷

O RE 85.179 ilustra bem o caso que queremos destacar:

Ato administrativo. Seu tardio desfazimento, já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou. Circunstância excepcional a aconselhar a inalterabilidade da situação decorrente do deferimento da liminar, daí a participação no concurso público, com aprovação, posse e exercício

Trata-se de concurso público para ingresso no magistério primário do qual três professoras tentaram participar sendo impedidas por contarem com idade além do limite máximo permitido. As três, inconformadas, ingressaram com Mandado de Segurança e com base em sentença que deferiu o pedido, não só fizeram a inscri-

¹⁸⁶ FURTADO, Miguel Pró de Oliveira. Estudo não publicado.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 124.

ção como foram aprovadas. Nomeadas em maio de 1967, tomaram posse e em setembro de 1967, o Tribunal de Justiça reformou a sentença, que acabou sendo confirmada pelo Supremo Tribunal por meio do RMS 18.911, de 27.8.1968. Contudo, somente em maio de 1971, é que a Administração quis desfazer os atos de nomeação.¹⁸⁸ A essa altura, decorridos três anos e oito meses da decisão do Tribunal de Justiça (setembro de 1967) até as providências da Administração (maio de 1971) estabilizou-se a situação das autoras e foi-lhes reconhecido o direito. Esse foi o entendimento do STF, expresso no voto do Relator, Ministro Bilac Pinto:

Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela. Desde o famoso *affaire Chachet* é esta a orientação dominante no Direito francês, com os aplausos de Maurice Hauriou, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos.¹⁸⁹

Na doutrina, há quem pretenda fixar prazo preclusivo, após o qual se vedaria à Administração nulificar o ato nulo ou anular o anulável. Almiro do Couto e Silva lembra que:

No direito francês, desde o **affaire** Dame Cachet, de 1922, esse prazo é de sessenta dias, o mesmo estabelecido para a interposição do recurso por excesso de poder. Na Alemanha, a Lei de Procedimento Administrativo, de 26 de maio de 1976, fixou, no seu art. 48, o prazo de um ano. No Brasil, José Frederico Marques havia proposto que esse prazo fosse, por semelhança com o direito francês, o mesmo assinado à impetração do mandado de segurança, ou seja, de cento e vinte dias. A doutrina entendeu, creio que com inteiro acerto, que esse prazo seria extremamente curto.

O prazo de cinco anos, que é o prazo prescricional previsto na Lei da Ação Popular, seria, no meu entender, razoável e adequado para que se operasse a sanção da invalidade e, por consequência, a preclusão ou decadência do direito e da pretensão de invalidar, salvo nos casos de má-fé dos interessados. A isso poder-se-ia chegar por elaboração doutrinária e por construção jurisprudencial. Dadas, porém as resistências que, nesse particular, existem no nosso Direito, como tive ocasião de observar, a matéria seria **de**

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso Extraordinário nº 85.179. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Lindalva Medeiros de Garrido e outros. Relator: Bilac Pinto. Brasília, DF, de 4 de novembro de 1977. STF, Brasília, 2009. Disponível e : <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado> Acesso em: 27.06.2009.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso Extraordinário nº 85.179. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Lindalva Medeiros de Garrido e outros. Relator: Bilac Pinto. Brasília, DF, de 4 de novembro de 1977. STF, Brasília, 2009. Disponível e : <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado> Acesso em: 27.06.2009.

lege ferenda. É tempo, na verdade, de editar-se norma legal instituindo prazo preclusivo do direito da Administração Pública a invalidar seus próprios atos administrativos, a fim de que se reforce, no nosso país, o princípio da segurança jurídica, que tem aqui um relevo modesto e desproporcionado, se posto em cotejo com o princípio da legalidade.¹⁹⁰

No direito italiano, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que no caso de ato ilegal deve-se levar em conta o interesse público para avaliar se o ato deve ou não ser anulado.¹⁹¹

Cinovita ensina que a anulação sem ter por fundamento o interesse público e decretada muito tempo depois caracteriza excesso de poder.¹⁹² E Umberto Fragola, completa:

*(...) che in mancanza di un prevalente interesse pubblico, ancora attuale, è meglio mantenere in vita un atto irregolare, anziché annullarlo e rovinare, senza plausibili ragioni, situazioni consolidate nel tempo, interessi individuali e talvolta nello stesso interesse pubblico.*¹⁹³ Na falta de um prevalente interesse público, ainda atual, é melhor manter vivo um ato irregular do que anulá-lo, desconsiderando, sem razões plausíveis, situações consolidadas no tempo, interesses particulares e, por vezes, o próprio interesse público.

Aldo Sandulli é mais preciso ao dizer que o direito italiano

Não fixa limite de tempo para o anulamento de ofício dos atos administrativos inválidos. Contudo, na aplicação do princípio da necessidade de certeza das situações jurídicas, admite-se – seja na doutrina, seja na jurisprudência – que não são mais anuláveis os atos que, embora inválidos, hajam irradiado incontestadamente os seus efeitos por um período de tempo adequadamente longo, o que é de ponderar-se caso a caso e em correlação com o interesse público.¹⁹⁴

Em 6 de julho de 2000 o Partido dos Trabalhadores ingressa no Supremo Tribunal Federal com a ADI 2.240 pleiteando a inconstitucionalidade da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia que criou o município de Luís Eduardo

¹⁹⁰ SILVA, Almiro do Couto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. nº 204, p. 21-31, abr./jun., 1996, p. 30.

¹⁹¹ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, ano 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987, p. 57.

¹⁹² CENOVITA. *Diritto Amministrativo*, 1962, Torino, vol. I p. 488-9 *apud* SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, ano 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987, p. 57.

¹⁹³ FRAGOLA, Umberto. *Gli Atti Amministrativi*. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964, p. 195.

¹⁹⁴ SANDULLI, Aldo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1974, p. 491 e 507 *apud* SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, ano 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987, p. 57.

Magalhães.

A constituição baiana, promulgada em 1989, reproduziu o artigo 18, § 4º em seu texto primitivo, e o estado editou lei complementar fixando o período em que os municípios poderiam ser criados. Com o advento da Emenda Constitucional n. 15 de 1996 os textos da constituição da Bahia e da Constituição Federal tornaram-se conflitantes e resultou na revogação daquele.

Argumenta o requerente que a lei 7.619 da Bahia é inconstitucional tendo em vista que foi publicada após a promulgação da Emenda Constitucional n. 15 de 1996 que alterou a redação do § 4º do artigo 18 da Constituição de 1988 e passou a ter o seguinte teor:

§ 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.

A lei complementar de que fala o inciso não existe até hoje.

Continua o Partido dos Trabalhadores alegando que o município foi criado em ano de eleições municipais, o que geraria “situação temerária no que concerne à preservação da ordem pública” e que apenas a população de Luís Eduardo Magalhães foi ouvida no plebiscito quando havia necessidade da manifestação de toda população envolvida no processo de emancipação.

O requerido, Governador do Estado da Bahia, defende-se informando que houve o plebiscito e que ante a falta de lei complementar federal pode o “ordenamento jurídico estadual” determinar o período dentro do qual pode haver a criação de município. A Assembléia se defende afirmando que o desmembramento de municípios é permitido pela Constituição Federal e que com base na constituição e na lei complementar baianas foi determinado prazo razoável para a criação do município e que não havia necessidade de o plebiscito ser ampliado.

O relator, Ministro Eros Grau, relata que o município foi de fato criado e existe como ente da federação dotado de autonomia. Alega que a criação do município é de 30 de março de 2000, que a ADI foi proposta em 06 de julho de 2000 e que o tribunal poderia em julho mesmo ter determinado a suspensão dos efeitos da lei baiana, mas que agora (18 de maio de 2006), há mais de seis anos, não o tendo feito, “permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do muni-

cípio caracteriza.”¹⁹⁵

E continua: “Observo inicialmente que o princípio da segurança jurídica, sem embargo das ressalvas que ao seu uso indiscriminado deixei bem vinculadas no meu voto na ADI 3685, prospera em benefício da preservação do Município.” Mais adiante: “Estamos porém, no caso de que ora cogitamos, diante de situação excepcional consolidada de caráter *institucional, político*.” Ao final, retoma a citação de Konrad Hesse e conclui seu voto pela improcedência do pedido diante da realidade concreta do Município de Luís Eduardo Magalhães:

(...) também cumpre a esta Corte fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento de realidades inconstitucionais, mas indispensável há de ser, quando isso seja possível, que esta mesma Corte tudo faça para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição.¹⁹⁶

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, influenciado pela doutrina germânica da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, vota com base no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, no sentido da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, mantendo a vigência da lei por mais vinte e quatro meses, tempo a seu ver necessário para que o Congresso suprindo a sua omissão, edite lei complementar para dar plena eficácia ao § 4º, do artigo 18 da Constituição Federal.

Após o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros retificou o seu voto acompanhando-o.

O Ministro Marco Aurélio, voto vencido, sintetiza a questão nos seguintes termos:

(...) sinalizamos ser possível a criação de Municípios e, vindo ao Supremo ação direta de inconstitucionalidade, diremos que é válida a criação, mesmo ao arpejo do que se contém na Carta Federal, para aguardar-se a eficácia

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 9 de maio de 2007. STF, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 9 de maio de 2007. STF, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

do § 4º do artigo 18 e aí ter-se, quem sabe, novamente, o plebiscito com consulta às populações interessadas e, pronunciando-se as populações de forma negativa, deixará de existir o Município. Ficará ele submetido a uma condição resolutiva!¹⁹⁷

O Ministro, hoje aposentado, Sepúlveda Pertence, lembra que o Tribunal terá dificuldade, de após os 24 meses, declarar a inconstitucionalidade da criação do município e “fechar-lhe as repartições” se não for aprovada a lei complementar, não for realizado o plebiscito em Barreiras e em Luís Eduardo Magalhães e, aprovada lei estadual criando o município em questão.

5.1 Argumentos a favor e contra a constitucionalidade

Paulo Roberto Lyrio Pimenta ao comentar o artigo 27 diz que o abrandamento da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade já está autorizado implicitamente no sistema constitucional e seria uma norma obsoleta, já que a Constituição pode fazê-lo por meio do princípio da proporcionalidade. Continua argumentando que o Poder controlado não pode editar norma restringindo ou ampliando a competência do órgão controlador, utilizando-se de lei ordinária e que tais alterações só poderiam ser realizadas por meio de emenda constitucional.¹⁹⁸

Oswaldo Luiz Palu já entende que a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não afronta a Constituição, mas somente a fixação da eficácia após o trânsito em julgado.¹⁹⁹

Eduardo Rocha Dias aponta que para se adotar os efeitos *ex nunc*, em se

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 9 de maio de 2007. STF, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

¹⁹⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 99-100.

¹⁹⁹ PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 184-185 *apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade in *Constituição e Segurança Jurídica Direito Adquirido, Ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 210.

tratando de matéria tributária, deve-se comprovar que os valores pagos com base na lei inconstitucional realmente trouxeram benefícios para a sociedade, pois caso contrário, tanto o Executivo, por meio de medidas provisórias como o Legislativo, cientes de que as decisões só produziriam efeitos a partir do trânsito em julgado, ou de outro momento posterior poderiam criar tributos e cobrá-los até o momento em que a lei fosse julgada inconstitucional.²⁰⁰

Na visão de Octavio Campos Fischer os poderes do Supremo Tribunal Federal foram restringidos, pois antes da lei 9.868, o tribunal poderia fixar os efeitos com base em qualquer valor constitucional e agora só pode em caso de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Para ele, houve uma restrição no campo de atuação do Supremo.²⁰¹

A lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999 dispõe de dispositivo idêntico ao do artigo 27 em seu artigo 11, referindo-se a inconstitucionalidades em casos de argüição de preceito fundamental. Tal artigo é um dos questionados de inconstitucionalidade na ADI 2231 e o Ministro Néri da Silveira, relator desse processo, em questão liminar, sob a alegação de que em casos de processos objetivos não há na Constituição norma que impeça o legislador de restringir os efeitos das decisões em situações excepcionais, como as de segurança jurídica votou pelo indeferimento da liminar.²⁰²

Américo Bedê Freire Júnior, ao tratar do assunto, afirma que estamos diante

²⁰⁰ DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Meio Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 55, p.61, abr.2000. *apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade in *Constituição e Segurança Jurídica Direito Adquirido, Ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. ver. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 210.

²⁰¹ FISCHER, Octavio Campos. A Manipulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 168-170 *apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade. In *Constituição e Segurança Jurídica Direito Adquirido, Ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. Ed ver. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 210-211.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2231. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Néri da Silveira. STF, Brasília, DF, julgamento em curso, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 08 dez. 2009.

de “uma das maiores alterações legislativas nas últimas décadas” e que não devemos elogiar essa inovação sem atentar para o fato de que ao apoiar essa revolução jurídica, estamos admitindo que o Congresso Nacional, por meio de lei ordinária, autorize o Poder Judiciário a limitar os efeitos da supremacia constitucional.²⁰³ Ora, o legislador ordinário não tem competência para tratar dessa matéria. Por se tratar de reserva constitucional, somente o poder constituinte poderia ventilar matéria de tal natureza.²⁰⁴

Com o argumento de afastar a inconstitucionalidade por omissão legislativa, que não mais podia ser decretada com base na nulidade, pois esta não se adequava aos casos concretos e diante da falta de um instituto que permitisse a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, foi redigido o texto contido no artigo 27. Essa inspiração foi buscada na jurisprudência da Corte Constitucional alemã com a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.²⁰⁵

Essa tentativa de positivizar, por meio de emenda, o conteúdo do artigo 27, não é recente. José Néri da Silveira, em artigo publicado em 1988, já lamentava a não aprovação de proposta de emenda oferecida por Maurício Corrêa, nessa época Senador, de se facultar ao Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas, a determinação de perda da eficácia da lei desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão no Diário Oficial da União.²⁰⁶

Zeno Veloso lembra ainda, que novamente, agora no processo revisional de 1994, o Relator, Nelson Jobim, propôs que fosse introduzido o parágrafo 5º ao artigo 103 da Constituição, que teria o seguinte teor:

quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo poderá determinar, por maioria de dois terços de

²⁰³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através da lei ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. Brasília, nº 56, p. nº 19-24, maio. 2000, p. 19.

²⁰⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através da lei ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. Brasília, nº 56, p. nº 19-24, maio. 2000, p. 22.

²⁰⁵ BRASIL. Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, do Sr. Ministro de Estado chefe da casa civil da Presidência da República. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 29 abr. 1997. p. 10829-10830.

²⁰⁶ SILVEIRA, José Néri da. A Dimensão política do judiciário e a nova Constituição. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 41, nº 173, jul./set., 1988, p. 54 e 55.

seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão.²⁰⁷

Nenhuma fonte pode criar outras fontes com eficácia superior ou igual, mas só fontes dotadas de eficácia inferior. Esta regra deriva, quanto à proibição das fontes mais fortes, do princípio segundo o qual ninguém pode atribuir a outrem uma força que não possui, e, quanto a proibição de eficácia igual, do princípio do *numerus clausus* das fontes dotadas de certo grau de eficácia. Da circunstância de que o regime jurídico de uma fonte é determinado necessariamente por outra fonte com eficácia superior deriva a importante consequência de que nenhuma fonte pode dispor sobre a sua própria eficácia, para aumentar ou diminuir a que lhe é atribuída pelas normas sobre produção do direito.²⁰⁸

Alfredo Buzaid já dizia em 1958:

O fundamento da doutrina americana e brasileira está, pois, em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa o desacato à Constituição.²⁰⁹

Ao dar ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, significa que o ato inconstitucional pode continuar vigente e eficaz, mesmo depois de ter a sua inconstitucionalidade decretada. Isso seria dar a lei ordinária o poder de prevalecer sobre a constituição. Tal pensamento, já seria por si só inconcebível em um país onde a constituição está acima de qualquer coisa, quanto mais dar esse poder a uma lei já declarada inconstitucional. A rigidez da lei máxima estaria sendo totalmente desprezada, e rebaixada ao nível das constituições flexíveis, alteradas por lei infraconstitucionais.²¹⁰

Ao fixar o momento a partir do qual o ato inconstitucional deixa de produzir efeitos, se a partir do trânsito em julgado ou de outro momento, no passado ou no futuro, que venha a ser fixado, o princípio da doutrina clássica da desconstituição dos efeitos *ex tunc* deixa pura e simplesmente de ser observado. Se o momento de

²⁰⁷ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 210.

²⁰⁸ ZAGRELBESKY, Gustavo *apud* MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. V, p. 193.

²⁰⁹ BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 131 *apud* CLÉVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista Trimestral de Direito Público*. Nº 17, p 87, 1997.

²¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 230, p. 217-236, out/dez. 2000, p. 225.

incidência da decisão for fixado para o futuro, o ato inconstitucional continua a produzir efeito como se válido fosse.²¹¹

O art. 27 da Lei 9.868, sob o argumento de se restringir os casos em que se podem mitigar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, subordina tal restrição a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, sem, contudo, conceituar tais verbetes que são extremamente amplos e que acabam por abarcar tudo o que se quiser com eles cobrir.²¹²

O que é de excepcional interesse social acaba sendo julgado de acordo com as pré compreensões dos julgadores, acaba tendo caráter subjetivo e pessoal.²¹³

Rui Medeiros, ao falar sobre a limitação dos efeitos no ordenamento austríaco, diz que na prática, a *Fristsetzung* foge a toda tentativa de fixar os critérios de sua delimitação e assim acaba cada vez mais assumindo aspectos de “um poder amplamente discricionário do juiz constitucional”.²¹⁴

Há na verdade, uma falsa ilusão de que os parâmetros são para restringir, quando na verdade são critérios que ampliam e muito as situações em que se pode aplicar leis inconstitucionais.²¹⁵

No direito italiano, chegou a ser apresentada, na Assembléia Constituinte, uma proposta, na qual, a *Corte Costituzionale* poderia atrasar a cessação da vigência da lei inconstitucional por um período não superior a seis meses. Tal proposta foi rejeitada, e tida como “uma situação inadmissível e absurda”.²¹⁶

²¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 230, p. 217-236, out/dez. 2000, p. 225-226.

²¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 230, p. 217-236, out/dez. 2000, p. 225-226.

²¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 230, p. 217-236, out/dez. 2000, p. 226.

²¹⁴ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 682.

²¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 230, p. 217-236, out/dez. 2000, p. 226.

²¹⁶ CARAVITA, Beniamino *apud* MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica E-

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, esse artigo da lei 9.868 transforma o Supremo Tribunal Federal em um órgão político, sendo incontestável que se trata de uma apreciação de conveniência e oportunidade. Uma terceira Câmara do Poder Legislativo. E mais, ao determinar a publicação da parte dispositiva do acórdão em seção especial do Diário da União, equivaleria a publicação de uma lei já que nenhum ato, até então, do Supremo exigia esse formalismo.²¹⁷

A constituição austríaca prevê que o tribunal pode determinar a eficácia de suas decisões. Para tanto estipula um prazo para que o legislador aprove em tempo útil uma regulamentação conforme a constituição. Contudo, esse prazo vem se dilatando. Inicialmente, o período não podia ser superior a seis meses, na revisão de 1929, passou a ser a um ano e , mais recentemente, em 1992 passou a ser de dezoito meses.²¹⁸ Nota-se com isso que a norma que não deveria continuar vigendo nem por um minuto sequer, por ser contrária a constituição pode ficar até por um ano e meio em dissonância com a carta superior, sem que providência nenhuma seja tomada.

De qualquer forma, porém, na Áustria é a própria Constituição que autoriza tal expediente.

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator das ADI 2154 e ADI 2258, antes de se aposentar votou no sentido de que a alteração proposta pelo artigo 27 só poderia ser feita por meio de Emenda Constitucional. O uso de lei ordinária configuraria vício formal. E quanto ao conteúdo, seria necessário “dar interpretação conforme ao artigo 27, para evitar que a sua aplicação possa atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, que acaso hajam surgido da inconstitucionalidade da lei”, frisou o ministro, que votou pela procedência da ação com relação ao artigo 27 da Lei 9.868/98.²¹⁹

ditora, 1999, p. 683.

²¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 230, p. 217-236, out/dez. 2000, p. 226-227..

²¹⁸ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 682.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Julgamento da lei das ADI é interrompido pelo plenário do STF. Brasília, DF, 16 agosto 2007. Disponível em:

A nulidade em Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser decretada a qualquer tempo e atinge a lei desde o seu início. Isso gera diversos problemas. Inúmeras situações jurídicas já consolidadas são atingidas, após um longo período de tempo, por uma lei que, após vários anos foi declarada inconstitucional.

220

Atento a essa situação, o Ministro Leitão de Abreu defendeu, em processo de sua relatoria, RE 79.343-BA, que o ato legislativo, como tem presunção de validade, deve ser obedecido pelos seus destinatários até ser declarado inconstitucional, e que por essa razão não deve ser considerado nulo desde o seu início. Como o Ministro teve seu voto vencido, o Supremo Tribunal Federal continuou a adotar o entendimento que sempre adotou que tem como base a tradição norte-americana. Justificando-se, o Ministro Leitão de Abreu, disse estar apenas propondo

um temperamento ao dogma da retroatividade integral da decisão judicial, especialmente para o fim de deixar imunes as situações jurídicas formalmente constituídas com base em ato praticado de boa-fé sob lei que só posteriormente se declarou inconstitucional.²²¹

Para Clèmerson Merlin Clève, as discussões que ocorrem com relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não existiriam, se a Constituição brasileira, assim como a de Portugal dispusesse a respeito.²²²

Para justificar o art. 282, n. 4, da Constituição portuguesa, que autoriza o Tribunal Constitucional a restringir os efeitos retroativos da decisão, em razão da segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, diz Jorge Miranda, que tal instituto foi criado para adequar os efeitos da inconstitucionalidade

Às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional vi-

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70808&caixaBusca=N> . Acesso em 27 jun. 2009.

²²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin, Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 17, p. 78-104, 1997, p. 88.

²²¹ RTJ 97/1.369.

²²² CLÈVE, Clèmerson Merlin, Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 17, p. 78-104, 1997, p. 89.

esse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.²²³

Bachof escreve que os tribunais constitucionais estão não só autorizados, mas se sentem obrigados a decidir levando em consideração as conseqüências das suas sentenças, evitando uma injustiça, um dano ao bem público, pois um resultado injusto ou duvidoso, pode ser um resultado errado.²²⁴ Karl Larenz ressalta que se deve ter em mente “a manutenção ou o aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito”.²²⁵

Daniel Sarmiento, elogiando a norma contida no artigo 27 da Lei 9.868, diz que foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal “os poderes necessários para que este tenha como exercer, a contento, a sua missão de guardião da Lei Maior”.²²⁶ Ora, jamais se poderia outorgar ao órgão de fiscalização da Constituição um poder que deixasse de lado a Constituição para atender a uma lei ordinária.

O que fez a lei 9.868 foi burlar a constituição. Por duas vezes se tentou modular os efeitos da decretação de inconstitucionalidade, pela via correta, que seria a emenda constitucional. Como isso não obteve êxito, o que fez o legislador? Excedeu-se e editou uma lei sob o fundamento de evitar danos mais lesivos aos interesses e valores abrigados na ordem constitucional. O que haveria de mais gravoso do que fingir ... ?!

CONCLUSÃO

Estabelecidos os pontos estudados nos capítulos precedentes, isto é, fixada a tese da necessidade da segurança jurídica (capítulo 1º) como conseqüência do anseio do Homem e do Corpo Social de que ele faz parte, vê-se que a Constituição

²²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II, p. 500-501.

²²⁴ BACHOF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político*. apud MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II, p. 501.

²²⁵ LARENZ, Karl. apud MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II, p. 501.

²²⁶ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30.

rígida colocada como alicerce e baliza de toda a construção jurídica nada mais é que o cumprimento dessa exigência humana. Nasce daí a tese da supremacia da Constituição.

Distinguem-se, assim, como que dois mundos diversos: o mundo físico em que existem o homem, as coisas e as relações de múltiplas formas que se criam, e o mundo jurídico em que têm existência os fatos e as relações que o Direito quer tornar jurídicos. Esta dualidade de mundos torna necessário o conhecimento dos fatos e relações que, por força da incidência das leis, se tornaram jurídicos, estabelecendo a necessidade de novos estudos: que atos e fatos conseguiram entrar no mundo jurídico, tendo aí existência, e se esses atos e fatos entraram de forma válida (nula ou anulável) e, ainda se são capazes de produzir efeitos. Temos, aí, em outras palavras, os três planos: existência, validade (nulidade e anulabilidade) e eficácia (Capítulo 2º). Tendo por certo que nem todos os atos e fatos que ingressam no mundo jurídico o fazem de forma regular, é preciso que se saiba se realmente existem, se são nulos ou anuláveis e quais os meios (ações) que se tornam necessários para declará-los existentes ou inexistentes; para decretá-los nulos ou anuláveis, meio de expulsá-los do mundo jurídico em que teriam entrado nula ou anulavelmente. A análise dessas ações gera a classificação delas, juntamente com a classificação das sentenças (Capítulo 3º).

Temos aí, portanto, os dados de que necessitamos para o exame das leis que entram em confronto com a Constituição. Portanto, surge-nos o seguinte quadro: Se as leis que se contrapõem à Constituição têm existência, é preciso saber se são nulas ou anuláveis, e qual a natureza da ação com que havemos de expulsá-las do sistema jurídico. Assentados esses fundamentos, temos de verificar a possibilidade de permanência delas no sistema jurídico. É nesse ponto que entra o exame da Decisão proferida pelo Supremo Tribunal na Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.240, em que, ao permitir a vigência de lei que o próprio Tribunal decreta inconstitucional, permite expressamente a vigência de lei inconstitucional (Capítulo 5º).

Contudo, a prolongada existência de um ato nulo a produzir efeitos, acarreta o fenômeno da constitucionalização, não da lei, que por contrariar a Constituição continuará nula, mas do seu efeito, isto é, dos atos jurídicos praticados sob sua falsa

vigência. E essa constitucionalização decorrerá do princípio constitucional da segurança jurídica. Em sendo assim, o expurgo da lei do sistema jurídico, que, de ordinário, arrasta consigo os atos jurídicos praticados sob sua vigência, excepcionalmente os respeitará.

Mas essa é a única hipótese de permanência do ato jurídico baseado em lei inconstitucional.

De onde se conclui pela inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999, que falaciosamente diz conceder ao Supremo Tribunal Federal esses poderes.

Chegados a essa conclusão, será fácil extrair a consequência de que não pode o Supremo Tribunal Federal conceder prazo para que se edite uma lei que regularize esses fatos, porque seria dar-lhe poderes de suspender a Constituição. Não! A única atitude que lhe é facultada é o reconhecimento da incidência do princípio da segurança jurídica, porque está diante de fatos consumados e estratificados pelo tempo.

Postas todas estas premissas, fácil é de ver que toda e qualquer lei que se contraponha à Constituição, dada a primazia desta, (Capítulo 1º) será necessariamente nula, em virtude da impossibilidade lógica de incidirem simultaneamente sobre o mesmo suporte fático, duas regras jurídicas que se opõem entre si.

Os doutrinadores que insistem em dizer que a lei inconstitucional é apenas anulável e não nula partem do pressuposto equivocado de que o nulo confunde-se com o inexistente. E daí decorrem dois novos equívocos: se a lei é anulável a ação de inconstitucionalidade também terá de ser constitutiva negativa porque será a decisão que a empurrará para a inexistência, isto é, que a desconstituirá. E se assim é, é também equivocado denominar a ação de “declaratória de inconstitucionalidade”, porque a decisão decreta a inconstitucionalidade da lei.

Tenha-se em mente a lição de Kelsen, já citada na epígrafe: “Una costituzione cui manchi la garanzia dell’annullamento degli atti incostituzionali non è,

in senso tecnico, completamente obbligatoria.”²²⁷ (Uma constituição a que falte a garantia de anulação dos atos inconstitucionais não é, em sentido técnico, completamente obrigatória).

Ou teremos de concluir com Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “não é mais rígida a Constituição brasileira” e “o Supremo Tribunal se torna uma terceira Câmara Legislativa”.²²⁸

²²⁷ KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In *La giustizia costituzionale*, a cura di Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981. p. 199.

²²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 5, p. , 2001.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar., 1978.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, t. I

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a EC nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996

_____. *Temas de Direito Constitucional*. t. I. 2ª ed. reimpressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. São Paulo: Saraiva, 1988. V. 1º.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed.. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, do Sr. Ministro de Estado chefe da casa civil da Presidência da República. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 29 abr. 1997. p. 10827-10830.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Planalto*, Brasília, DF, 2008. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em 25 abr. 2008.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processos e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. *Planalto*, Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em : 19 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL

dade n. 2231. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Néri da Silveira. STF, Brasília, DF, julgamento em curso, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 08 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 9 de maio de 2007. STF, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Mandado de Segurança nº 16.512. Requerente: Engenharia Souza e Barker Ltda e outros. Requerido: Senado Federal. Relator: Oswaldo Trigueiro. Brasília, DF, 25 de maio de 1966. STF, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84410&pgl=1&pgF=100000>>. Acesso em: 29 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Mandado de Segurança nº 24.268. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e Gerente de Recursos Humanos da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda-Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2004. STF, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>> . Acesso em: 28 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Reclamação n. 1.987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 1º de outubro de 2003. STF, Brasília, 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272&pgl=1&pgF=100000> Acesso em: 31 jan. 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário nº 79.343. Recorrente: José Pereira Cesar. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. RTJ 82/791.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso Extraordinário nº 85.179. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Lindalva Medeiros de Garrido e outros. Relator: Bilac Pinto. Brasília, DF, de 4 de novembro de 1977. STF, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em: 27.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Questão de Ordem em Petição nº 2.900. Requerente: Roberta de Leon Valiente. Recorrido: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 de maio de

2003. STF, Brasília, 2009. Disponível em : <
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Julgamento da lei das ADI é interrompido pelo plenário do STF. Brasília, DF, 16 agosto 2007. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70808&caixaBusca=N> . Acesso em 27 jun. 2009.

BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1943.

_____. *Da Ação Direta de Declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

_____. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1971.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais? *Revista da AJUFE*, v. nº 22, nº 77, p nº 261-286, jul./set., 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. (2. reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed.. Coimbra. Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed.. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1,

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

_____. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 17, p. 78-104, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade / inconstitucionalidade: uma questão política? *Revista Jurídica*, Brasília, v. nº 2, nº 13, jun., 1999. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_13/ques_politica.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_13/ques_politica.htm)>. Acesso em 25 abr. 2008, 16:38.

DELGADO, José Augusto. *O princípio da Segurança Jurídica. Supremacia Constitucional*. In: Congresso Brasileiro de Direito Constitucional – O Direito Constitucional do Século XXI, 21, 2005, Brasília. Disponível em :

<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/448/4/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf>. Acesso em : 12 fev. 2008, 14:11.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade. In *Constituição e Segurança Jurídica Direito Adquirido, Ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. Ed. ver. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

_____. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 2ª ed. ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: Um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.9 , p. 40-48, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 230, p. 217-236, out/dez. 2000.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O princípio da Segurança Jurídica em face das Reformas Constitucionais. *Revista Forense*. n. 334/191, abr./jun., 1996.

FRAGOLA, Umberto. *Gli Atti Amministrativi*. 2. ed.. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através da lei ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. Brasília, nº 56, p. nº 19-24, maio. 2000.

FRIAS, Pedro J. *La Seguridad Jurídica*. Disponível em: <<http://www.acader.unc.edu.ar/artseguridadjuridica.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2008, 13:01

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In *La giustizia costituzionale*, a cura di Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes/Editora Universidade de Brasília, 1990.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed.. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

KIRMSER, José Raúl Torres. *Seguridad Jurídica y Estado de Derecho*. In XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria, Isla Margarita – Vene-

zuela 8 al 10 de noviembre de 2006. Disponível em:
<http://www.pj.gov.py/fotos/SeguridadJuridicayEstadodeDerechoIslaMargarita.doc>. -
Acesso em 15 fev. 2008, 14:04.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Agir, 1961.

MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos de provimento final em sede de controle abstrato. *Revista da Esmape*, Recife, v. nº 6, nº 13, p nº 291-309, jan./jun., 2001.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2, p. 51

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da existência)*. 7. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed., ver. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. II.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969. (arts. 1º ao 7º)*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. I.

_____. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. t. III (Arts. 32 – 117). 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Democracia, Liberdade, Igualdade (os três caminhos)*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Sistema de Ciência Positiva do Direito – Investigação científica e intervenção na matéria social*. 2. Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. t. IV.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1971, t. II

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1978, t. VII.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, t. I.

_____. *Tratado de Direito Privado – Validade. Nulidade. Anulabilidade*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t. IV.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Foyense, 1985.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica – Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 9-45.

SICHES, Recasens. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. La Casa de España en Mexico, 1939.

SILVA, Almiro do Couto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. nº 204, p. 21-31, abr./jun., 1996.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, ano 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. Constituição e Segurança Jurídica. In *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 15-30.

SILVEIRA, José Néri da. A Dimensão política do judiciário e a nova Constituição. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 41, nº 173, p. 49-66, jul./set., 1988.

TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belém: Ce-
jup, 1999.