



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

Guaraci de Sousa Vieira

Declaração de Inconstitucionalidade:
A Aplicação do Princípio da Nulidade da Lei
Inconstitucional

BRASÍLIA
2007

Guaraci de Sousa Vieira

**Declaração de Inconstitucionalidade:
A Aplicação do Princípio da Nulidade da Lei
Inconstitucional**

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

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

**Brasília – DF
2007**

Guaraci de Sousa Vieira

**Declaração de Inconstitucionalidade:
A Aplicação do Princípio da Nulidade da Lei
Inconstitucional**

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

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com
menção ___ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

**Brasília – DF
2007**

DEDICATÓRIA

A Rosileide e Gabriel, razão das minhas emoções mais belas.

A meus pais, José Leite Vieira e Maria de Lourdes de Sousa Vieira, nobres retirantes, que souberam fazer germinar, na vida de seus oito filhos, a semente do saber, modificando a história de potenciais lavradores.

A meus irmãos queridos: Francisco Coracir de Sousa Vieira (Contador), José Moacir de Sousa Vieira (Administrador de Empresas), Deuzenir de Sousa Vieira (Administradora de Empresas), Janari de Sousa Vieira (Psicólogo), Alzenir de Sousa Vieira (Licenciada em História), Jair de Sousa Vieira (Advogado) e Roseni de Sousa Vieira (Licenciada em Matemática).

EPÍGRAFE

“A Deus pertence o domínio e o poder.”

(Bíblia Sagrada, Jó 25:2a)

RESUMO

Trata-se de uma abordagem epistemológico-instrumental da declaração de inconstitucionalidade e de seus efeitos pela qual se pretende o estudo das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade no Brasil, em especial a aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a verificar a possibilidade da modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Para tanto, abordou-se a função e a importância da Constituição na sociedade, ressaltando o controle de constitucionalidade como instrumento para a salvaguarda das garantias constitucionais, mostrando o enquadramento do tema nas diversas Constituições brasileiras e discorrendo sobre as formas pelas quais esse controle é exercido. Traz à baila conceitos relativos à inconstitucionalidade e analisa a aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no tocante aos fatos jurídicos decorrentes de atos praticados com fulcro em lei que, em data posterior, ante a constatação do vício de inconstitucionalidade, foi sancionada com a nulidade. Ressalta-se as transformações do entendimento sobre o tema ocorridas nos Estados Unidos e na Áustria e apresenta as primeiras discussões acontecidas no Supremo Tribunal Federal. Conclui-se apresentando a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal e as inovações percebidas no ordenamento jurídico, principalmente a ocorrida em 1999, pela qual foi estabelecido critério para a ponderação nos conflitos a envolver valores constitucionais de mesmo nível hierárquico, colocando em evidência o papel do magistrado na busca dos ideais de Justiça. Constituição. Supremacia. Rigidez. Controle de Constitucionalidade. Difuso. Concentrado. Inconstitucionalidade. Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional. Aplicação. Evolução Legislativa. Ponderação. Princípio da Segurança Jurídica. Princípio do Excepcional Interesse Social. Ideais de Justiça.

ABSTRACT

Es un acercamiento epistemológico-instrumental de la declaración de inconstitucionalidad y de sus efectos para el qué el estudio de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad es deseado en Brasil, sobre todo la aplicación del principio de la nulidad de la ley inconstitucional para la corte Suprema Federal, de la manera de verificar la posibilidad de la modulación de los efectos de las decisiones que declaran la inconstitucionalidad. Para eso, fue estudiado la función y la importancia de la Constitución en la sociedad, enfatizando el mando de constitucionalidad mientras el instrumento para hacia las garantías de las garantías constitucionales, mientras mostrando cuando el tema fue tratado en las varias constituciones brasileñas y hablando sobre las formas para el cuál es ese mando se ejerce. Trae al discussion los conceptos relativos a la inconstitucionalidad y analiza la aplicación del principio de la nulidad de la ley inconstitucional para la corte Suprema Federal acerca de los hechos jurídicos actuales de acciones practicados con el fundamento en la ley que, en la fecha subsecuente, ante la comprobación de la afición de inconstitucionalidad, se sancionó con la nulidad. Se da énfasis a las transformaciones de la comprensión en el tema pasó en los Estados Unidos y en Austria y presenta las primeras discusiones pasaron en la corte Suprema Federal. Que presenta la evolución de la comprensión de corte Suprema Federal y las innovaciones notada en el ordenamento jurídico se concluye, principalmente pasó ella en 1999, para el qué se estableció el criterio para la consideración en los conflictos involucrar valores constitucionales de mismo nivel jerárquico, poniendo en la evidencia el papel del magistrado en la búsqueda de los ideales de Justicia. La constitución. La supremacía. La rigidez. El mando de Constitucionalidad. Difuso. Concentrado. La inconstitucionalidad. Empezando de la Nulidad de la Ley Inconstitucional. La aplicación. La evolución del legislativo. La Consideración. Empezando de la Seguridad Jurídica. Empezando del Interés Social Excepcional. Los ideales de Justicia.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	12
1.1	Considerações Gerais sobre o Controle de Constitucionalidade..	12
1.1.1	A necessidade de uma Constituição	12
1.1.2	Rigidez e Supremacia da Constituição-parâmetro	14
1.1.3	O pressuposto da existência do ato normativo objeto	16
1.2	Distinções Relativas à Declaração de Inconstitucionalidade e Outros Institutos	17
1.2.1	Inconstitucionalidade Direta vs. Inconstitucionalidade Indireta	17
1.2.2	Inconstitucionalidade vs. Revogação	20
1.2.3	Inconstitucionalidade Superveniente	21
1.2.4	Revogação do Parâmetro	24
1.2.5	Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais	25
2	DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	28
2.1	O controle de constitucionalidade	28
2.1.1	O Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras	29
2.2	Formas de Controle de Constitucionalidade	33
2.2.1	O Controle Difuso ou Incidental	34
2.2.2	O Controle Abstrato ou Concentrado	35
2.3	O Efeito das Decisões Declaratórias de Inconstitucionalidade ...	36
2.3.1	Em Controle Difuso	36

2.3.2	Em Controle Concentrado	39
2.4	O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional	42
2.4.1	Noções de Princípios	42
2.4.2	O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional	44
2.5	Influências do Sistema Norte-Americano – Nulidade <i>ab initio</i>	45
2.6	Influências do Sistema Austríaco - Anulabilidade da Lei Inconstitucional	48
3	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL	50
3.1	A Evolução dos Sistemas Norte-Americano e Austríaco	50
3.2	Manifestações Inovadoras no Supremo Tribunal Federal	52
3.3	A Evolução Legislativa	59
3.3.1	A edição das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99	59
3.3.2	Princípio da Segurança Jurídica	61
3.3.3	Princípio do Excepcional Interesse Social	63
3.4	A Aplicação da Lei nº 9.868/1999 pelo Supremo Tribunal Federal	64
	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em decorrência de imposição do constituinte originário, é o guardião da Constituição. No uso de sua competência, ele é o responsável por analisar, em última instância, as questões a envolver a declaração de inconstitucionalidade e a repercussão dessa declaração nos planos da validade, existência e eficácia do ato impugnado.

A partir de um estudo doutrinário e da jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, trabalha-se conceitos básicos do Direito Constitucional, tece-se considerações sobre o papel a Constituição, como parâmetro de validade para todas as normas que disciplinam as condutas dos indivíduos e do próprio Estado, na busca da constituição de uma sociedade justa e harmoniosa. Apresenta-se uma visão do funcionamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, nas duas formas pela qual é realizado, bem como os efeitos e eficácia que as decisões proferidas em cada uma dessas modalidades recebe, ressaltando a importância do funcionamento do controle de constitucionalidade como instrumento para a salvaguarda das liberdades públicas, cidadania, direitos e garantias fundamentais.

Exigindo do magistrado uma atuação voltada à defesa dos ideais de Justiça, destaca-se o exame do alcance e da natureza da declaração de inconstitucionalidade, oriunda do Supremo Tribunal Federal, e o caráter constitucional da aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, diante da verificação de fatos jurídicos (cuja existência não se pode negar e cujos efeitos são irreparáveis ou de difícil reparação) decorrentes de atos legalmente praticados sob a égide de diploma vigente e eficaz que, posteriormente, é declarado inconstitucional.

Com o uso desse instrumental, parte-se para um apanhado epistemológico no qual se discorre sobre a origem da Constituição e da necessidade da existência de um controle de constitucionalidade, adentrando na análise do princípio da nulidade da lei inconstitucional e a sua aplicação no direito comparado, especialmente nos Estados Unidos, na Áustria e em Portugal, apresentando as

transformações que foram verificadas no decorrer dos anos, tendo em vista situações fáticas que forçaram a mudança de paradigmas.

Concomitantemente, trabalham-se os reflexos que as mudanças ocorridas no Direito Constitucional alienígena impuseram à prestação da jurisdição constitucional no Brasil, adentrando ao estudo da possibilidade da dosagem dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em face de situações para as quais a declaração da nulidade do ato impugnado e o conseqüente desfazimento de todos os atos jurídicos dele decorrentes, nos moldes como originariamente absorvido pelo Direito Constitucional brasileiro, poderiam trazer um resultado muito pior que a manutenção da situação originariamente questionada.

Pretende-se, então, verificar se, ao ponderar a aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional com os valores implícitos nos princípios constitucionais da segurança jurídica e do excepcional interesse social e decidir no sentido da validação dos atos praticados sob a égide de lei inconstitucional, estaria o Supremo Tribunal Federal atuando como legislador positivo, ou mesmo fomentando a elaboração de normas inconstitucionais, em face da possibilidade da não-retroação dos efeitos de possível declaração de inconstitucionalidade. Busca-se, assim, verificar nos julgados da Corte, o seu posicionamento quanto à adoção dos conceitos introduzidos no sistema constitucional brasileiro pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, em especial pelos seus arts. 27 e 11, respectivamente.

O tema está em voga, sendo objeto de discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no qual se encontra pendente de apreciação ação direta de inconstitucionalidade que busca ver declarado inconstitucional dispositivos das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, ao passo que, simultaneamente, pela via extraordinária, o Supremo Tribunal Federal não tem se negado a, diariamente, tomar decisões relativamente ao tema.

1 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O vocábulo “inconstitucionalidade” remete o leitor a imaginar a existência de possível contrariedade de uma declaração de vontade ou de um ato normativo com uma Constituição. Realmente, essa é a idéia primordial¹.

1.1 Considerações Gerais sobre o Controle de Constitucionalidade

1.1.1 A necessidade de uma Constituição

Uma sociedade, por mais rudimentar que seja, precisa, para se estabelecer, da existência de regras de conduta que levem à condução organizada de seus membros de modo a minimizar a possibilidade de divergências de vontades suficientes a inviabilizar a existência dessa sociedade. Da mesma forma, um Estado deve apresentar um conjunto de normas básicas necessárias à sua organização, estrutura e atividade.²

A esse conjunto de normas ou regras jurídicas, obrigatórias e ditadas pelo poder público, que regem as condutas dos indivíduos componentes de uma sociedade, Strenger dá o nome de “ordenamento jurídico”.³

¹ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 61.

² Cf. PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição & eficácia social*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 15.

³ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2003, p. 387.

Com o advento dos primeiros ordenamentos jurídicos, as pessoas abandonaram as relações de convivência regidas por instintos guturais, pelas quais, em busca da sobrevivência e para a continuidade da espécie, estavam autorizadas a utilizar qualquer dos meios disponíveis. A introdução das primeiras normas jurídicas levou o homem a uma convivência em sociedade mais harmoniosa.

Para que um ordenamento jurídico possa subsistir aos conflitos decorrentes da atuação dos indivíduos a ele submetidos, mostra-se indispensável sua organização, de maneira que as normas que o integrem disciplinem a atuação dos indivíduos entre si e entre esses e o próprio Estado. As normas emanam do Estado, detentor do poder, e de maneira cogente são postas aos seus cidadãos.

Surge, então, a seguinte pergunta: como proteger o cidadão do possível arbítrio do Estado? A criação da Constituição foi um dos meios encontrados para tanto, pela previsão de direitos e garantias fundamentais que funcionem como limites às atividades do Estado, impedindo possíveis excessos no exercício do poder.⁴

A Constituição, conforme Pimentel Júnior, é a norma fundamental, pois traz em si um conjunto de preceitos jurídicos responsáveis pelo estabelecimento e pela manutenção do Estado. Serve de estrutura para a elaboração das demais normas jurídicas, ao atribuir as competências de cada Poder, e introduz os mecanismos essenciais à garantia da unidade do sistema normativo, por meio do controle de constitucionalidade.⁵

Numa perspectiva material, José Afonso da Silva conceitua Constituição como:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em

⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 35.

⁵ PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição & eficácia social*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 17.

síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.⁶

Materialmente, a Constituição é composta por todas as normas que, integrantes ou não do texto constitucional, dispõem sobre a organização do Poder e a garantia de direitos. Em sentido formal, é a reunião das disposições do texto constitucional, independentemente do tema versado.⁷

A Constituição surge como veículo indispensável à proteção do cidadão em face do arbítrio do Estado e como Carta Magna a reger o ordenamento jurídico. Assume a posição de parâmetro de validade para todas as normas e regras que disciplinarão as condutas dos indivíduos e do próprio Estado, de modo que inconstitucional será, não só o ato normativo, mas todo aquele ato ou omissão que derivar de um comportamento não-compatível com a Constituição-parâmetro.⁸

1.1.2 Rigidez e Supremacia da Constituição-parâmetro

Em que pese o pressuposto lógico da necessidade de uma Constituição, para que se possa discutir sobre a existência ou não de inconstitucionalidade, exige-se que essa Constituição seja rígida. Sem atendimento desse pressuposto não há que se falar em inconstitucionalidade.⁹

Constituição rígida é aquela, a exemplo da Constituição Federal brasileira¹⁰, em que o constituinte derivado, para a alteração das normas nela contidas,

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed., revista e atualizada nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37-38.

⁷ Cf. LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: forense, 2002. p. 33.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.14.

⁹ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62.

¹⁰ Para Alexandre de Moraes, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como “super-rígida”, pois, além de exigir um processo legislativo mais rigoroso e diferenciado para que possa ser emenda, possui ainda cláusulas pétreas, imutáveis, cuja possibilidade de reforma não pode

necessita percorrer um caminho mais difícil do que aquele que naturalmente percorreria para a alteração das normas jurídicas em geral. Em regra, as Constituições rígidas são Constituições escritas.¹¹

Por estar nela contidos os fundamentos de validade para as demais normas, a Constituição passa a ocupar o vértice do sistema normativo, o que evidencia sua supremacia, elemento essencial para a manutenção da harmonia de todo o ordenamento jurídico¹², tornando nítido o pressuposto da hierarquia, sem o qual não poderia a Constituição situar-se como termo-parâmetro.¹³

Essa supremacia constitucional, necessária à preservação da harmonia normativa e social, exige a criação de um sistema de controle – controle de constitucionalidade – de modo que se possa contar com mecanismos que preservem a integridade da Constituição ante a existência de atos produzidos pela atividade legislativa ou administrativa com ela incompatíveis, sendo certo que, por ser fruto do poder constituinte originário, é natural que, em havendo um conflito entre a Constituição e qualquer outro ato dela derivado, este é que deverá se amoldar à Norma Maior.

Assim, além do maior rigor na estipulação das hipóteses e no processo para a elaboração de possíveis emendas ao Texto Constitucional, a garantia da supremacia da Constituição há de contar com a possibilidade de depreciação da capacidade de conformação jurídica decorrente das condutas a ela contrárias, oriundas de atos normativos hierarquicamente inferiores.¹⁴ É que, em sendo flexível o modelo constitucional adotado, não há que se falar em controle de constitucionalidade, pois, exurgindo norma legal com conteúdo diverso do constitucional, opera-se, automaticamente, a revogação.

sequer ser objeto de deliberação (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39 e p.544-545).

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39.

¹² Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed., revista e atualizada nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

¹³ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62.

¹⁴ Cf. BERNARDES, Juliano Taveira. *Princípios processuais do controle abstrato de constitucionalidade de atos comissivos: aspectos contemporâneos no direito brasileiro*. Brasília, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, p. 13.

1.1.3 O pressuposto da existência do ato normativo objeto

A existência de uma norma-objeto, de hierarquia necessariamente inferior, também constitui pressuposto para que se possa discutir sobre a existência ou não de inconstitucionalidade. São os elementos que compõem esse ato legislativo que serão examinados, verificando se preencheram ou não os requisitos de validade exigidos pela Constituição, de modo a perceber se o nascimento do ato foi defeituoso ou não.

A inconstitucionalidade surge da verificação da existência de uma desconformidade na relação existente entre a lei ou ato normativo derivado da Constituição com o que rigidamente nela assentado. Nessa verificação, sempre deverá ser observada a lógica de que a Constituição é o parâmetro e o ato dela derivado é o objeto, pouco importando se a desconformidade encontrada atinge o ato normativo por inteiro ou apenas em parte.¹⁵

Vale ressaltar que a idéia de inconstitucionalidade não está ligada exclusivamente à incompatibilidade de ato normativo com a Constituição, o que restringiria a esfera de ocorrência aos atos daquelas pessoas investidas da função legislativa. Qualquer ato omissivo ou comissivo poderá ser tido como objeto para a verificação da conformidade ou não com a Constituição-parâmetro. Assim, um ato praticado por um particular que afronta o direito de outrem, catalogado dentre aqueles garantidos pela Constituição, importará em ato inconstitucional, da mesma forma que a conduta de um administrador público que, por omissão ou comissão, não observa os mandamentos e princípios da boa administração insertos na Carta da República, ou o ato de um juiz que, no exercício da função jurisdicional, deixa de

¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.62.

observar procedimento que implica garantia e prerrogativa constitucional afeta às partes.¹⁶

Neste trabalho o enfoque será dado à inconstitucionalidade decorrente dos do exercício, pelo Poder Público da função legislativa.

1.2 Distinções Relativas à Declaração de Inconstitucionalidade e Outros Institutos

1.2.1 Inconstitucionalidade Direta vs. Inconstitucionalidade Indireta

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra hipóteses de inconstitucionalidade direta e de inconstitucionalidade indireta. Entretanto, a denominada inconstitucionalidade mediata ou indireta é, antes, uma questão de ilegalidade, ou de invalidade por infração de dispositivo infralegal, inconfundível com a noção rigorosa de inconstitucionalidade.¹⁷

Muito embora possuam uma natureza muito próxima, pois os dois institutos tratam da verificação da adequação de um ato normativo-objeto a outro que lhe é parâmetro, a inconstitucionalidade direta não se confunde com a ilegalidade – inconstitucionalidade indireta. A diferença reside na identificação da norma que disciplina o ato-objeto, ou seja, a identificação da norma-parâmetro que fixa os requisitos necessários à qualificação, validade e eficácia do ato-objeto.¹⁸ Essa distinção, que, em primeira vista, afigura-se tão clara, não é, como buscaremos demonstrar, de tão fácil percepção.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 14.

¹⁷ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73

¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 64.

Diante de Constituições analíticas, como a atual Constituição da República, que disciplina praticamente todos os assuntos atinentes à formação, destinação e funcionamento do Estado, além de uma diversidade de institutos do Direito Civil, Penal e Processual, verifica-se, com freqüência, a ocorrência da interposição, entre a Constituição e ato normativo-objeto, de ato normativo diverso, como, por exemplo, decretos destinados à regulamentação dos diversos institutos.¹⁹ Isso acontece principalmente quando a norma constitucional traz princípio ou regra que exija a edição de legislação necessária à conformação do instituto ou do direito para que tenha a efetividade desejada pelo constituinte.

Partindo-se da idéia de que o ato-objeto estaria a vulnerar preceito constitucional, atribui-se a ele a pecha de inconstitucionalidade, quando, na realidade, o ato normativo que estaria a respaldá-lo não seria, diretamente, a Constituição, mas o ato normativo interposto, que, se posicionando entre ele e a Constituição, traz o regramento da matéria, disciplinando e regulamentando o direito ou o instituto que a Constituição quis garantir aos cidadãos. Percebe-se, então, que a ofensa à Carta da República não se viabiliza de maneira direta, pois o ato

¹⁹ Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado em diversos julgados, quando, pela via do recurso extraordinário, busca-se a nulidade de acórdãos por suposta ofensa à Constituição Federal, quando, na verdade, antes de se ver vulnerada a norma constitucional, tem-se ferida a lei que regulamenta ou disciplina o direito pleiteado. Nesse sentido, os seguintes julgados da Suprema Corte:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI 589-8/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Sessão de 20.11.1991, DJ de 18.10.

1991: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO REGULAMENTAR. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO.

I. Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Neste caso, não há falar em inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, é que poderia este ser acoimado de inconstitucionalidade.

II. Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei não está sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Precedentes do S.T.F.: ADINs. nºs 311-DF e 536-DF.

III. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI 2.535-MC/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Sessão de 19.12.2001, DJ de 21.11.2003: “I. Ação direta de inconstitucionalidade: cabimento: inexistência de inconstitucionalidade reflexa. 1. Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição: não é o caso presente, onde a ilegitimidade da lei estadual não se pretende extrair de sua conformidade com a lei federal relativa ao processo de execução contra a Fazenda Pública, mas, sim, diretamente, com as normas constitucionais que o preordenam, afora outros princípios e garantias do texto fundamental. II. [...]”

impugnado não está a ela diretamente ligado, mas subsiste sob o respaldo ao ato normativo interposto.

Se o ato normativo interposto for uma lei e o ato impugnado, de hierarquia inferior, dele diverge, tem se configurada não a inconstitucionalidade, mas mera ilegalidade do ato-objeto. Possível ofensa constitucional, se existente, se daria pela via reflexa, ou indireta. O conflito, num primeiro momento se dá em relação à lei e não à Constituição, embora a inconstitucionalidade indireta derive de ofensa à norma constitucional, ela decorre de ofensa da norma implícita (preceito ou princípio).²⁰

É o que ocorre, por exemplo, quando numa lide trabalhista é interposto o recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de possível ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal) ao argumento de que o Tribunal Superior do Trabalho não teria observado direito subjetivo do ora recorrente de ver analisadas todas as teses lançadas no seu recurso de embargos, ou que, em face de possível erro na contagem do prazo para a interposição do recurso de revista, decorreu a declaração da intempestividade desse recurso.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o procedimento relativo ao conhecimento e processamento do recurso de revista está disciplinado na legislação infraconstitucional, que é a Consolidação das Leis do Trabalho. Então, antes de se falar que o procedimento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho teria ofendido os princípios constitucionais evocados, verificou-se a ofensa à legislação de regência do mencionado recurso – hipótese de ilegalidade. Somente pela via reflexa ou indireta é que se poderia ter por vulnerada à Constituição Federal. Como essa modalidade de ofensa não autoriza a abertura da via extraordinária esse recurso não poderia ser admitido.²¹

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, AI 557.110-AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão de 11.10.2005, DJ de 11.11.2005: “1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Pressupostos de admissibilidade de recurso de revista. Matéria processual. Questão infraconstitucional. Agravo Regimental não provido. Não cabe recurso extraordinário que tenha por

1.2.2 Inconstitucionalidade vs. Revogação.

A declaração de inconstitucionalidade também não se confunde com a revogação, muito embora ambas, em muito, se assemelhem, uma vez que tanto uma quanto a outra se referem à incompatibilidade de um ato em face de outro.

Na relação de inconstitucionalidade, o confronto decorrerá de uma relação de objeto vs. parâmetro, no qual o parâmetro é a Constituição Federal, que, em face de sua superioridade hierárquica, impõe à norma inferior condições para sua validade. Essas condições podem dizer respeito ao processo de elaboração do ato legislativo ou à matéria nele veiculada.

A revogação nem sempre decorre de uma relação de hierarquia, na qual se constata a existência de confronto. Exige-se apenas a incompatibilidade entre os dois termos no que diz respeito ao conteúdo normativo, que poderá decorrer,

objeto questão relativa a pressupostos infraconstitucionais de admissibilidade de recurso trabalhista.

2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição.

3. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fundamentação do acórdão recorrido. Existência. Não há falar em ofensa ao art. 93, IX, da CF, quando o acórdão impugnado tenha dado razões suficientes, embora contrárias à tese do recorrente.

4. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação velha. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.”;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, AI 466.574-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Sessão de 18.5.2004, DJ de 25.6.2004: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - MATÉRIA TRABALHISTA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL - RECURSO IMPROVIDO. - O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade dos recursos trabalhistas em geral, ainda que se cuide de recurso de revista não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. - Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediato com o ordenamento constitucional. Precedentes. - Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório. Precedentes.”

inclusive, do próprio sistema normativo.²² É o que ocorre quando uma lei nova disciplina, no mesmo sentido, matéria tratada em lei anterior, porém, de forma mais abrangente. Na hipótese, não há confronto hierárquico ou normativo, posto que as leis possuem a mesma hierarquia e disciplinam a matéria no mesmo sentido. A revogação ocorrerá como decorrência da aplicação da teoria imposta pelo sistema, prevista no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual a lei posterior revogará a anterior quando regular inteiramente a matéria de que travava a lei anterior.²³

É de se observar que na aplicação da sanção de inconstitucionalidade atribui-se ao ato viciado uma valoração negativa, em face da ofensa ao Texto Constitucional, o que não ocorre em se tratando de revogação, situação que a lei deixa de prevalecer por necessidade ou coerência imposta pelo próprio sistema. Ademais, o controle da constitucionalidade das normas insere-se ao plano da validade do ato-objeto, ao passo que o da revogação restringe-se o plano da eficácia do ato – sobreveio norma que impôs verdadeira condição resolutiva à eficácia do ato.²⁴

1.2.3 Inconstitucionalidade Superveniente

No nosso sistema constitucional, a superveniência de uma Constituição revoga a legislação pretérita com ela incompatível.²⁵ Nesse caso o princípio aplicável é o da revogação, em face da não-recepção da norma, pois a Constituição

²² RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 66.

²³ *Id. ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 66-67.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI nº 2/DF, Relator Min. Paulo Brossard, sessão de 6.2.1992, ementário nº 1892, Tomo 1, pág. 1: “[...] Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. Lei maior valeria menos que a lei ordinária.”

exige, como condição de validade para o sistema, que todas as normas pré-constitucionais sejam com ela compatíveis, sob pena de invalidade.²⁶

Muito embora se encontre pacificado esse entendimento na jurisprudência nacional, a doutrina, em especial a portuguesa, não é uníssona ao afirmar que ao caso deve ser aplicado o princípio da revogação. Conforme assevera Jorge Miranda, a relação entre a Constituição e uma lei não pode ser tratada no mesmo nível em que se tratariam duas leis. O conflito de uma lei com a Constituição somente pode ser resolvido pela via do controle de constitucionalidade. Logo, a inconstitucionalidade poderá ser originária ou superveniente. No caso, a lei anterior deve ser questionada em face da Constituição vigente à época de sua promulgação. Sendo constitucional quando de seu nascimento, num segundo momento, em face da Constituição nova, somente se lhe poderá ser aplicada a sanção de inconstitucionalidade superveniente.²⁷

Por outro lado, doutrinadores pátrios, como Elival Ramos, sustentam que, sendo a Constituição ato normativo posterior, não há como tê-la como parâmetro para qualquer aferição de constitucionalidade de ato cuja vigência lhe antecedeu, simplesmente porque no momento da edição desse ato a Constituição sequer existia, e, para se ter a apreciação da constitucionalidade, conforme já mencionado, parte-se de um pressuposto no qual a Constituição é o parâmetro e o impugnado o objeto. Entendem ser o princípio da revogação a norma melhor aplicável à espécie. Aduzem que se a superveniência de uma norma de igual hierarquia disciplinando a mesma matéria em sentido contrário revoga a norma anterior, com mais razão uma norma de hierarquia superior poderá revogar essa norma inferior que com ela se mostra incompatível.²⁸

A importância desse tema se revela em face das competências reservadas aos Tribunais no que concerne a apreciação de questões a envolver a declaração de inconstitucionalidade das leis ou ato normativos.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, P. 545-546.

²⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, 2. ed. , Coimbra, Coimbra ed., 1988, t. 2, p. 250-251.

²⁸ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68-69.

O art. 97 da Constituição de 1988 preceitua que:

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

Assim, entendendo não se tratar de declaração de inconstitucionalidade, mas de simples revogação, o órgão fracionário de tribunal não se mostra obrigado a levar o incidente de inconstitucionalidade à apreciação do plenário ou órgão especial correspondente, posto não se tratar de incidente de inconstitucionalidade, mas de juízo de recepção em face da Constituição superveniente.

Tendo a decisão que declarou a incompatibilidade da norma com a Constituição partido da atuação do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, está o Tribunal desobrigado de comunicar ao Senado Federal para que proceda à suspensão do ato normativo, ante o fato de não se tratar de hipótese de declaração de inconstitucionalidade, além do que a norma impugnada também não poderá ensejar ação direta de inconstitucionalidade, pela via do controle concentrado²⁹

Da mesma forma que ocorre a revogação da norma pré-constitucional em face da superveniência de uma Constituição nova, ocorre a revogação pela superveniência de emenda constitucional. Tendo sido editada emenda constitucional com conteúdo incompatível com o que veiculado em norma inferior, operar-se-á a revogação da norma inferior a ela contrária. No caso, não há que se falar em inconstitucionalidade superveniente, mas em revogação da norma inferior pela

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI nº 74/RN, Relator Min. Celso de Mello, sessão de 7.2.1992, DJ de 25.9.1992: “[...] A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. a fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade "in abstrato" - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da carta federal de 1988. - a incompatibilidade vertical superveniente de atos do poder público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do poder público constitui matéria absolutamente estranha a função jurídico- processual da ação direta de inconstitucionalidade.”

superveniência de norma hierarquicamente superior com ela contrária ou incompatível.³⁰

1.2.4 Revogação do Parâmetro

Já não está sujeita a dúvidas a situação pela qual se verifica a existência de uma norma incompatível com a Constituição e que, por força da superveniência de emenda constitucional, torna-se compatível ante a nova redação do Texto Constitucional.

Num primeiro momento, houve quem suscitasse que a superveniência da alteração do texto constitucional convalidasse o ato normativo que se encontrava em vias de declaração de inconstitucionalidade – constitucionalidade superveniente. A inconstitucionalidade é um defeito que remete à origem do ato-objeto, ela o macula ainda no nascedouro.³¹ Dessa, forma a revogação superveniente do dispositivo da Constituição-parâmetro tido como vulnerado não tem o condão de eliminar o defeito existente na norma-objeto, sanando aquilo que de nascimento foi ferido por vício fatal.³²

Ademais, para a verificação da inconstitucionalidade, a incompatibilidade ou a existência de vício deve ser aferida em cotejo com o texto da Carta que vigia ao tempo da edição do ato normativo que se busca impugnar.

³⁰ Nos termos do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução do Código Civil, para que ocorra a revogação da norma incompatível é suficiente a simples edição de novo diploma legal, que poderá ter hierarquia igual ou superior ao do diploma revogado.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, RE 390.840-5/MG, Relator: Min. Marco Aurélio, Sessão de 09.11.2005, DJ de 15.8.2006: “CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. [...]”

³² RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 74-75.

1.2.5 Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais

Como já mencionado, a análise da inconstitucionalidade parte de um princípio em que a Constituição é norma de hierarquia superior funcionando como parâmetro para a norma-objeto. Relativamente às normas decorrentes de um mesmo poder constitucionalmente, torna-se impossível se ter distintos os termos parâmetro e objeto, sendo inviável a idéia de inconstitucionalidade de normas constitucionais decorrentes do mesmo poder constituinte originário, uma vez que a norma constitucional possui, em todos os seus pontos, igual hierarquia – hierarquia constitucional.³³

Em sua clássica monografia “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof aponta possibilidades, à luz do Direito Natural, de se verem declaradas inconstitucionais normas inseridas na Carta Constitucional da Alemanha. Contudo, antes de se analisar essas possibilidades, verificamos que o momento histórico vivido pelo cidadão alemão constitui ponto importante para possíveis considerações: o trabalho apresentado pelo professor alemão é do ano de 1951, momento em que a Alemanha entrava num processo de recuperação, um pós-guerra marcado pelos reflexos de um país que se viu envolvido em genocídios, campos de concentrações, total desrespeito aos direitos humanos, e muito mais horrores, todos legalmente praticados pelos agentes do Estado no regular exercício de suas atividades. Realmente, numa situação como aquela, o indivíduo não se contentará em se ver resguardado somente por uma Constituição. Há que se buscar algo mais, com vistas a não permitir que atrocidades sejam realizadas com o respaldo da própria Constituição.

Com fundamento no Direito Natural, o professor Bachof idealizou possibilidades de ofensa à Constituição por normas constitucionais decorrentes da

³³ *Ibid.*, p. 80-81.

infração a direito supralegal positivado na Constituição e por ofensa a direito supra legal não positivado.³⁴

Diferentemente da Constituição brasileira, a Constituição Alemã não cria direitos individuais. Partindo de uma influência jusnaturalista, a Lei Fundamental de Bonn, nos seus arts. 1º e 2º, reconhece³⁵ a existência de direitos invioláveis e inalienáveis do homem, fundamentais para a instituição de qualquer comunidade humana e para prevalência da paz e da justiça no mundo. Assim, a norma constitucional que vulnerar quaisquer desses direitos, que poderão estar contidos no Texto Constitucional ou não, estaria sujeita à sanção de inconstitucionalidade.³⁶

No Brasil, conforme leciona Pedro Lenza, “as normas constitucionais fruto do trabalho do poder constituinte originário serão sempre constitucionais”, não se podendo falar em controle de sua constitucionalidade. Aparente conflito entre normas dessa hierarquia deverão ser harmonizados mediante a atuação do hermeneuta, pela extração de algum sentido compatível dentro desse sistema harmônico de normas e princípios, que é a Constituição, mediante a aplicação de um critério de ponderação no qual prevalecerá, para a hipótese, a norma ou o princípio mais adequado, sem que a afirmação de um implique a negação do outro.³⁷

Cabe ressaltar que, quando a norma apontada como inconstitucional decorrer de texto de emenda à Constituição, a solução se apresenta mais simples, posto que não se trata de norma de igual hierarquia, tampouco decorrentes do mesmo poder constituinte. Tratando-se de norma oriunda do poder constituinte derivado, resolve-se a questão pela aplicação da pecha de inconstitucionalidade.³⁸

³⁴ BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Livraria Almedina: Coimbra: 1984, p.62-68.

³⁵ A Constituição Federal de 1988, por ser uma constituição formal, somente reconhece como normas constitucionais aquelas nela contidas. A Constituição da República Federal da Alemanha assume a forma de constituição material, no que admite a existência de normas constitucionais nela não inseridas.

³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

³⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2004, p. 108.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, Sessão de 15.12.1993, DJ de 18.3.1994: “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação

ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.3.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

[...]

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993."

2 DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 O controle de constitucionalidade

O controle da constitucionalidade funciona como trincheira na qual ocorre a verificação de possíveis abusos, excessos ou desvios do poder, salvaguardando as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e as garantias fundamentais.³⁹ Por meio dele é que se possibilita a verificação da “adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”,⁴⁰ entendendo-se como ato normativo “as normas que, embora não sendo leis, equivalem a estas em sua posição no ordenamento jurídico”.⁴¹

A inconstitucionalidade limita-se à verificação da validade dos atos normativos. Porém, esse exame não se restringe ao plano da validade, posto que o ato cuja validade se discute certamente deve ser um ato positivo quanto ao plano da existência e a decisão sobre sua validade ou não certamente acarretará conseqüências que não poderão ser desconsideradas no plano da eficácia.⁴²

Nessa hora, exsurge o porquê da necessidade da existência de uma relação de hierarquia normativa e de se estar diante de um ordenamento constitucional rígido, pois somente nesse modelo é que se poderiam estabelecer requisitos, formais e materiais, de validade para os atos legislativos, possibilitando-se taxar de inconstitucionais aqueles que não atenderam a tais requisitos.

³⁹ Cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p.18-19.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 579.

⁴¹ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: forense, 2002, p. 65-66.

⁴² RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62-63.

2.1.1 O Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras

A Constituição de 1891, ao instituir a República, também instituiu no Brasil o controle de constitucionalidade. Atribuiu ao Poder Judiciário a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis. Até então vigia a Constituição de 1824, pela qual não se percebia a existência de qualquer tipo de controle de constitucionalidade, pois competia ao Imperador, detentor do Poder Moderador, a função de coordenação do Estado, sendo ele o responsável pela harmonia entre os Poderes.⁴³

O controle de constitucionalidade no Brasil foi adotado sob a influência de Rui Barbosa, e, em 11 de outubro de 1890, pelo Decreto nº 848, foi incorporado definitivamente ao nosso sistema normativo constitucional, assumindo, nesse primeiro momento, a forma difusa, incidental e sucessiva de fiscalização da constitucionalidade.⁴⁴

A Constituição de 1934 trouxe importantes inovações para o sistema constitucional, pois instituiu a regra pela qual somente por maioria absoluta dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade; atribuiu ao Senado Federal a competência, hoje inserta no art. 52, X, da Constituição de 1988⁴⁵, de suspender a execução, no todo ou em parte da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; e criou a ação direta interventiva, cuja legitimidade para a ação foi atribuída ao Procurador-Geral da República. Esse instituto constituiu passo importante para o sistema de controle da

⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 80.

⁴⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 235.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). Art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

constitucionalidade, pois o preparou para a posterior introdução do controle de constitucionalidade pela via direta ou abstrata.⁴⁶

A Constituição de 1937 não inovou o sistema, se não, o impôs retroação, ao atenuar a supremacia do Judiciário, pela atribuição ao Presidente da República da competência para submeter novamente ao crivo do Legislativo o texto tido por inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal quando entendesse que a norma impugnada fosse necessária ao bem-estar do povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, possibilidade em que ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.⁴⁷

A Carta de 1946 não reproduziu a norma do art. 96 da Constituição de 1937, assim, o Judiciário voltou a ter a última palavra em questões relacionadas à declaração de inconstitucionalidade – ficou restabelecido o *judicial review*.⁴⁸ Ademais, a ação direta interventiva passou a ter nova nuance, uma vez que o Procurador-Geral da República, titular para a propositura da ação, poderia apresentá-la ao Supremo Tribunal Federal em virtude de manifestação de terceiros, possuindo liberdade para opinar contra ou a favor da constitucionalidade da norma impugnada, cabendo ao Congresso Nacional suspender a execução do ato declarado inconstitucional e ao Chefe do Executivo efetivar a intervenção, caso a simples suspensão da norma não fosse suficiente para fazer cessar os motivos que levaram à instabilidade.⁴⁹

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 80.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1937). Art 96 “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. in **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 17, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 81.

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 88

O maior passo rumo à consolidação do controle abstrato de constitucionalidade se deu por força da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual apresentada pelo Procurador-Geral da República.⁵⁰ Essa ação direta distingue-se da representação interventiva, então existente, porque não mais encontrava sua limitação nos princípios constitucionais sensíveis, mas possuía alcance a abranger todos os dispositivos da Constituição, incluídos até mesmo os princípios constitucionais sensíveis. Na realidade, instituiu-se verdadeira ação direta de inconstitucionalidade genérica.⁵¹

A Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve os sistemas de controle então existente: o difuso, nos moldes da Constituição de 1891 e o abstrato, nos moldes da Constituição de 1947, com as alterações introduzidas pela Emenda Constituição nº 16/1965.

No âmbito estadual, a Constituição de 1967, não reproduziu a norma que autorizava a representação de inconstitucionalidade genérica, além do que, na representação interventiva, atribuiu ao Poder Legislativo estadual a competência para a suspensão do ato estadual impugnado. Não obstante, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, admitiu-se, nos moldes do modelo federal, a fiscalização da lei municipal em face dos princípios sensíveis constantes da Constituição Estadual.⁵²

A Constituição Cidadã, de 1988, aperfeiçoou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pois ampliou o rol dos legitimados para a propositura da antiga representação direta de inconstitucionalidade, agora denominada de ação direta de inconstitucionalidade; implementou o modelo semelhante ao federal nos estados, relativamente ao ato normativo estadual ou municipal em face da

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 249.

⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *in Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 81-82.

⁵² *Id.* *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 89-90.

Constituição Estadual; criou a ação direta específica, para, juntamente como o mandado de injunção, lidar com a omissão legislativa; impôs a necessidade de se colher a manifestação do Advogado-Geral da União, como defensor do ato impugnado, nas ações diretas de inconstitucionalidade e do Procurador-Geral da República⁵³, em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal; previu a criação da argüição de descumprimento de preceito fundamental; e restringiu as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, limitando-se à defesa da Constituição.⁵⁴

A ampliação do rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade contribuiu para a diminuição da busca da prestação jurisdicional pela via difusa, pois tornou possível levar à discussão perante o Supremo Tribunal Federal praticamente todas as situações de maior relevância em matéria de controle de constitucionalidade.

Como colunas legislativas da evolução do controle concentrado no Brasil, temos: a edição da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que institui a ação declaratória de constitucionalidade – cujo rol de legitimados para propositura, nos termos do art. 103 da Constituição Federal,⁵⁵ com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, é o mesmo dos legitimados para a proposição da ação direta de inconstitucionalidade –; e a edição das Leis nºs 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e 9.882, de 3 de dezembro

⁵³ O Ministério Público, por força do art. 127, *caput*, da Constituição Federal, é o defensor da ordem pública. Por isso, sempre se exigirá seu pronunciamento nos casos em que a prejudicial de inconstitucionalidade for suscitada, mesmo que a questão principal seja uma daquelas em que, de regra, ele não tenha de intervir, competindo ao juiz convocá-lo para que se manifeste sobre a questão prejudicial (Cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 46).

⁵⁴ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

⁵⁵ BRASIL, Constituição Federal/1988: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – O Procurador-Geral da República; VIII – O Conselho Federal da ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IV – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

de 1999, que dispõe sobre o processo de julgamento da ação por descumprimento de preceito fundamental.

2.2 Formas de Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade não está jungido ao Poder Judiciário, que exerce o controle repressivo de constitucionalidade, poderá ocorrer também por atuação do Poder Legislativo. A nossa Constituição prevê duas hipóteses nas quais o Poder Legislativo estará atuando como controlador da constitucionalidade da norma em elaboração: a decorrente da norma contida no art. 49, V,⁵⁶ que atribui competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites de delegação legislativa, e a inserta no § 5º do art. 62, que tem a seguinte redação:

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

Neste trabalho, restringir-nos-emos ao estudo do controle repressivo executado pelos órgãos do Judiciário, especialmente o desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). Art. 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.” Conforme Bernardes, somente a segunda parte do referido inciso refere-se à possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo, haja vista que a primeira parte faz menção à possibilidade de o Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, e essa análise é restrita ao reconhecimento da legalidade ou ilegalidade do regulamento, pois este não pode avançar além da proposta apresentada pela lei cuja regulamentação se propõe. A possibilidade de ofensa à Constituição pela edição de decreto regulamentar somente poderá ocorrer de maneira reflexa, havendo exceção somente em se tratando de decreto regulamentar autônomo, pois esses, materialmente, assemelham-se às leis (BERNARDES, Juliano Taveira. *Princípios processuais do controle abstrato de constitucionalidade de atos comissivos: aspectos contemporâneos no direito brasileiro*. Brasília, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, p. 39.)

2.2.1 O Controle Difuso ou Incidental

Caracteriza-se pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade como incidente – daí ser chamado de controle por via incidental – num caso apresentado para exame do Poder Judiciário, cuja relevância e necessidade da apreciação do incidente é exigida como questão prejudicial, já que a questão levada a juízo tem como finalidade principal a defesa dos interesse subjetivos de alguém, e não da Constituição objetivamente considerada – daí também ser chamado de controle subjetivo.⁵⁷

É difuso porque todos os órgãos jurisdicionais dispõem de competência para exercitá-lo. Ao juiz compete, sempre, a prestação da jurisdição constitucional, sendo o seu dever examinar, antes de tudo, a compatibilidade do ato normativo infraconstitucional com a Constituição,⁵⁸ devendo atuar, inclusive, *ex officio*, uma vez que o Código Civil de 2002 exige o seu pronunciamento independentemente de manifestação do interessado:

Art. 168. [...]

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecedor do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Contudo, o exame do incidente não será pertinente se não houver conexão entre ele e o objeto da demanda, motivo pelo qual também é denominado de controle por via de exceção, porque a inconstitucionalidade não se deduz como alvo

⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 83.

⁵⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362.

da ação, mas apenas como subsídio da justificação do direito cuja reivindicação se discute.⁵⁹

Embora a nossa primeira Constituição republicana trouxesse a possibilidade de o Poder Judiciário utilizar-se da via difusa para o controle de constitucionalidade, somente com o advento da Lei Federal nº 221, de 1894, é que foi concedida aos juízes e aos tribunais a competência para apreciar a validade das leis e dos regulamentos perante a Constituição, pela atribuição do poder de negar aplicação à norma que julgar inconstitucional.⁶⁰

No que tange à declaração de inconstitucionalidade por juiz integrante de tribunal, a Constituição de 1988, no art. 97,⁶¹ trouxe a regra segundo a qual se faz necessária a concordância da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal – plenário – ou de órgão especial correspondente, sob pena de nulidade. A inconstitucionalidade somente poderá ser declarada por órgão fracionado no caso de já haver sido a questão apreciada pelos referidos órgãos (plenário ou órgão especial) ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo eles concluído nesse sentido.⁶²

2.2.2 O Controle Abstrato ou Concentrado

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 870.

⁶⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 237.

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988): Art. 97: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.”

⁶² Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 590.

Trata-se de modalidade de controle relativamente nova em nosso sistema constitucional, uma vez que, como já mencionado, somente foi introduzido em 26 de novembro de 1965, pela Emenda Constitucional nº 16.⁶³

Essa modalidade de controle se dá pela via principal. As questões de inconstitucionalidade são suscitadas mediante ação autônoma que objetiva verificar, em tese, a validade do ato normativo. Também é chamado de controle concentrado, porque tem o Supremo Tribunal Federal, relativamente ao controle da constitucionalidade das normas em face da Constituição Federal, como o único órgão autorizado ao seu exercício⁶⁴, e de controle abstrato ou objetivo, porque se dá em processo no qual não existem partes (salvo em sentido formal), uma vez que não há interesses subjetivos juridicamente protegidos lesados ou na iminência de sê-los, prestando-se o processo para a defesa da coerência da ordem constitucional como instrumento da fiscalização abstrata da Constituição.⁶⁵

2.3 O Efeito das Decisões Declaratórias de Inconstitucionalidade

2.3.1 Em Controle Difuso

A eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade de norma argüida como questão *incidenter tantum* é restrita e particular, refere-se apenas à lide e a seus integrantes. Assim, os seus efeitos não são suficientes a promover a invalidação da norma perante todos – *erga omnes*. A lei, tecnicamente, continua a

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 249.

⁶⁴ Cf. LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63.

⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 85-85.

viger e a possuir força obrigatória em relação a terceiros, podendo ser aplicada livremente.⁶⁶

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, alterou o modelo de controle difuso de constitucionalidade ao implementar no sistema constitucional brasileiro o mecanismo das “súmulas vinculantes”. O dispositivo constitucional restou assim redigido:

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Essas súmulas têm como objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, buscando a eliminação de controvérsias entre os órgãos judiciários ou entres estes e a Administração Pública, evitando-se quadros de insegurança jurídica e ou de proliferação de ações sobre questões idênticas.⁶⁷ Trata-se de modalidade nova de súmulas que serão editadas, oportunamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

As súmulas atualmente vigentes, nos termos do art. 8º da Emenda Constitucional nº 45/2004, não possuem o mencionado efeito vinculante. Para que lhes seja atribuída eficácia vinculante, o Tribunal deverá confirmá-las, por um quórum mínimo de dois terços dos seus membros, o que, até esta data, ainda não ocorreu.

As questões a exigir a atuação do Supremo Tribunal Federal em âmbito de controle difuso chegam, via de regra, por incidência de sua competência constitucional constante do art. 102, III, da Constituição Federal de 1988, qual seja, pela via do recurso extraordinário. Contudo, tal atividade poderá decorrer também

⁶⁶ Cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p.43.

⁶⁷ Cf. PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *In Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, nº 4, ano 16, abril de 2004. Brasília, p. 21-28.

em face de sua competência originária. Se o Tribunal julgar inconstitucional certa lei ou ato normativo, uma vez que as decisões no controle difuso somente possuem eficácia *inter partes*, cabe a ele comunicar o Senado Federal, a quem competirá, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal⁶⁸ – Esse procedimento é originário da Constituição de 1934 e foi mantido nas que se seguiram –, a sustação do ato, retirando do mundo jurídico a norma ferida pela inconstitucionalidade. Assim, estende-se a todos os efeitos do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁹

Quanto aos efeitos da decisão proferida no controle incidental, restrita aos limites do caso concreto, pondera Teori Zavascki que, ante as características das leis – generalidade e abstração –, quando determinado órgão julgador, para chegar à conclusão sobre a existência ou não de direito, tiver de emitir juízo sobre a validade de certa norma, põe em xeque a aptidão desta norma para incidir também sobre as demais situações por ela regidas, em face dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, e, uma vez que “a norma é aplicável a um número indefinido de situações, não faz sentido repetir, para cada uma delas, o mesmo julgamento sobre a questão constitucional já resolvida em oportunidade anterior”.⁷⁰ Demonstra-se, portanto, a vocação natural à projeção expansiva dos efeitos das decisões que examinaram a legitimidade da norma para fora dos limites do caso concreto.

No mesmo sentido, Gilmar Mendes revela o seu inconformismo. Respalçado na autoridade que possui o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe, em ação direta de inconstitucionalidade, “suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). Art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

⁶⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 383 e 384.

⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

partes?”⁷¹ Como única resposta plausível, surge apenas o fato de estar o instituto da suspensão assente em razões meramente históricas.

Quanto à eficácia temporal, a suspensão da norma pelo Senado terá efeito *ex nunc*, ou seja, somente a partir da publicação da citada resolução, contrariando o que se depreende da idéia dos conceitos de revogação e suspensão⁷² – que seria pela aplicação do efeito *ex tunc* ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal e estendido pela resolução do Senado.⁷³

2.3.2 Em Controle Concentrado

Até 1977, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal, mesmo em se tratando de julgamento de processos em controle concentrado, necessitava comunicar ao Senado Federal para providenciar a sustação dos efeitos do referido ato, imprimindo, assim, eficácia ao seu *decisum*.

A partir daquele ano, o Tribunal decidiu que a comunicação contida na Carta da República – art. 52, X, da Constituição de 1988 – somente seria necessária no caso de controle difuso. Com isso, reconheceu-se que suas decisões de pronúncia de inconstitucionalidade decorrentes da atuação no controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*.⁷⁴

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 394.

⁷² A diferença entre suspensão e revogação consiste em que, pela revogação, a norma deixa de incidir a partir do momento em que é revogada – efeito *ex nunc* –, tendo sido válida até esse momento e podendo, inclusive, ser utilizada livremente em situações futuras às quais exijam a aplicação da lei vigente à época, ao passo que, pela suspensão por inconstitucionalidade, a norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência, os efeitos seriam *ex tunc*. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32 e 33.

⁷³ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 593.

⁷⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291.

Em face de a coisa julgada tornar-se oponível *erga omnes*, a decisão de rejeição ou de pronúncia de inconstitucionalidade deverá ser respeitada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pelos demais órgãos integrantes do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal. Trata-se do efeito vinculante que possui que suas decisões, no controle abstrato, possuem. Esse efeito, que antes era implícito, foi expressamente estabelecido na Lei nº 9.868/1999.⁷⁵

O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal não quer dizer o engessamento da jurisprudência do Tribunal. A constatação da modificação das circunstâncias fáticas que levaram o Tribunal ao entendimento que se busca alterar, poderá autorizar que o tema seja novamente levado a exame, possibilitando o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria.⁷⁶

A propósito, em 23/02/2006, o Supremo Tribunal Federal, depois de inúmeras vezes ter declarado a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90⁷⁷, que veda a progressão de regime para os crimes hediondos, diante da renovação da composição do Tribunal, apreciou novamente o tema, pronunciando-se pela inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, nos termos da ementa seguinte:

PENA - CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO –
PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 –
INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 9.968, de 10 de novembro de 1999: art. 28 “[...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

⁷⁶ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 240.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Sydney Sanches, 18.12.1992, DJ de 18.6.1993: HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072. Tráfico ilícito de entorpecentes. condenação, onde o artigo 2º, § 1º, da lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente a caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual a fixação da pena, sobretudo no que se refere a intensidade da mesma. Habeas corpus indeferido por maioria” (grifos nos original). Também nesse sentido os seguintes julgados: HC-69657 (RTJ-147/598), HC-69703 (RTJ-146/611), HC-74132 (RTJ-166/242), HC-81006 (RTJ-183/256), HC-81421, HC-81564, HC-81567 (RTJ-180/1037), HC-81871, HC-82337.

com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Plenário, Sessão de 23/02/2006, DJ de 01/09/2006)

A matéria também poderá ser levada a novo exame em face da atuação do Poder legislativo, uma vez que a coisa julgada não é capaz de impedir que o Poder Legislativo edite novo ato normativo com conteúdo idêntico ao anteriormente impugnado pelo Tribunal, exigindo que se manifeste novamente, oportunidade que poderá vir a modificar seu entendimento.⁷⁸

Outro efeito de igual modo importante que possui a atuação do Supremo Tribunal em controle concentrado é o efeito repristinatório que a declaração de inconstitucionalidade pode produzir. O art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil⁷⁹ veda a possibilidade de repristinação de leis, salvo expressa disposição legal em contrário. Ocorre que a declaração de inconstitucionalidade da lei não se equipara à revogação.⁸⁰ A revogação se opera com eficácia *ex nunc*, a declaração de inconstitucionalidade, de regra, com eficácia *ex tunc*, produzindo a invalidade de todos os atos decorrentes da aplicação da norma declarada inconstitucional. Logo, se a norma continha hipótese de revogação tácita ou explícita de outra norma, a revogação que se pretendeu operar também foi invalidada, implicando a restauração da norma aparentemente revogada.⁸¹

Antes mesmo do advento da Lei nº 9.868/99, esse já era o entendimento do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da Representação nº 1.077-5/RJ, Plenário, em 26 de fevereiro de 1981, assim se manifestou o Min. Moreira Alves:

⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 241.

⁷⁹ BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942: Art. 2º, “§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

⁸⁰ Vide nota 72.

⁸¹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 272.

“Sendo nula a lei declarada inconstitucional, permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade”.⁸²

A Lei nº 9.868/99, no § 2º do art. 11, ao dispor que “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário,” deixa claro que a reconstituição foi admitida como consequência da declaração de inconstitucionalidade.

Segundo a doutrina, até então preponderante, tem-se que a decisão judicial que constata o vício da inconstitucionalidade é declaratória e não constitutivo-negativa. O ato judicial não possui condão de desconstituir o ato impugnado, ferido pelo vício de inconstitucionalidade, mas apenas reconhece tratar-se de um ato viciado, motivo pelo qual se aplica o princípio da nulidade absoluta, pelo qual a decisão produzirá efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada e atingindo todos os possíveis efeitos que a lei, enquanto não reconhecida a existência do vício, foi capaz de produzir.⁸³

2.4 O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional

2.4.1 Noções de Princípios

As normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são distinguidas em princípios e regras. Os princípios são proposições lógicas, encontrados explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico, possuidores de posição de preeminência, capazes de vincular o entendimento e aplicação das demais normas que a eles estão conectadas.⁸⁴ Não se confundem com as regras,

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 1205-1, p. 43.

⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 244 e 249.

⁸⁴ Cf. CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30.

pois estas, ao contrário dos princípios, dispõem sobre situações fáticas,⁸⁵ fazem referência a disposições interpretadas que estabeleçam mandamentos, proibições ou permissões de atuação, ao passo que os princípios, por serem detentores de maior generalidade, não exigem condições à sua incidência, pois não são decisões que devem ser obrigatoriamente tomadas, mas mandamentos cujo cumprimento pode ocorrer em conformidade com as possibilidades reais de aplicação ante o seu grau de determinabilidade, submetendo-se, inclusive, a outros princípios ou regras. Os princípios configuram verdadeiros mandamentos de otimização – a direção para a qual está apontada a vontade normativa. São uma espécie de norma com um grau superior de abstração e contam com elevado grau hierárquico no sistema das fontes, possuindo caráter de fundamentalidade e de importância estruturante dentro do sistema jurídico.⁸⁶

Ao lecionar que é pelo conhecimento dos princípios que se chega à compreensão das partes que compõem o todo unitário chamado “sistema jurídico positivo”, Bandeira de Mello atribui a “princípio” a seguinte definição:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁸⁷

Princípios são normas cuja violação implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos, configurando verdadeira subversão dos valores fundamentais, a corrosão da estrutura do sistema jurídico.

⁸⁵ Cf. LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: forense, 2002. p. 30-31.

⁸⁶ Cf. BERNARDES, Juliano Taveira. *Princípios processuais do controle abstrato de constitucionalidade de atos comissivos: aspectos contemporâneos no direito brasileiro*. Brasília, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, p. 220-221.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed., rev. e atual. até a EC nº 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 888-889.

2.4.2 O Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional

O postulado da nulidade da lei inconstitucional é recebido pela doutrina pátria com o princípio constitucional implícito.⁸⁸ Muito embora não seja expressamente apresentado na Constituição de 1988, Gilmar Mendes afirma que a hierarquia de norma constitucional tem como fundamento “o princípio do Estado de Direito (art. 1º), a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), a proteção dos direitos fundamentais contra eventual mudança da Constituição (art. 60, § 4º), bem como o processo especial para a revisão constitucional (art. 60)”,⁸⁹ pois a Constituição não fornece qualquer fundamento para a aplicação de lei inconstitucional, pelo contrário:

O princípio do Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, estabelecidas no art. 5º, § 1º, da Constituição, estão a indicar que não basta a promulgação de uma lei. A lei exigida pela Constituição, tal como ocorre no direito alemão, não pode ser qualquer lei, mas lei compatível com a Constituição.⁹⁰

Por esse princípio, aplica-se a teoria que atribui nulidade absoluta e ineficácia plena à lei incompatível com a Constituição Federal, por lhe faltar o fundamento de validade. Ante o fato de a lei ser norma hierarquicamente inferior à Constituição e por possuir nesta os fundamentos de validade e sustentação, não será permitida a sua coexistência no ordenamento jurídico se seu conteúdo dispuser de modo a contrariar a Constituição, uma vez que somente com fundamento na Lei Maior é que ela poderia ser validada.⁹¹ Logo, a lei que afrontar essa regra estará incorrendo em vício, passível de sanção imposta pelo próprio sistema. É de se

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.) *et. al.* *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 101-102.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade como técnica de decisão da omissão legislativa parcial e o cabimento de cautelar nos casos de omissão parcial. *In Repertório de Jurisprudência IOB – Tributário, Constitucional e Administrativo*, n. 15/2002 – Caderno 1, p. 595.

⁹⁰ *Id. ibid.*

⁹¹ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.) *et. al.* *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 48.

observar que, nesse modelo de controle, o juiz não anula a lei inconstitucional. Esta, por natureza, já é nula em si mesma, competindo ao juiz, ao exercer a função de controle, o dever de declarar a nulidade, que é preexistente.

O princípio da nulidade da lei inconstitucional foi incorporado ao Direito Constitucional pátrio pela Constituição Republicana de 1891, implementando entre nós o controle judicial de constitucionalidade das leis pela introdução em nosso sistema jurídico do controle difuso de constitucionalidade.

2.5 Influências do Sistema Norte-Americano – Nulidade *ab initio*

O julgamento do caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803 foi fato determinante para a solidificação desse entendimento. Naquela oportunidade, concluiu-se que, se a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma recebesse apenas a atribuição de eficácia *ex nunc*, desconstituindo os fatos decorrentes da norma impugnada somente a partir do momento de sua declaração, tal fato importaria em reconhecimento da validade dos efeitos da lei inconstitucional. Em outras palavras, durante certo período de tempo a norma infraconstitucional se sobrepôs à Constituição, haja vista ter contrariado seus preceitos e permanecido impune.⁹² Assim, a inconstitucionalidade é a expressão da existência de um vício capital, ínsito à lei defeituosa, o qual exige do Judiciário seja declarada a invalidez do ato impugnado.⁹³

Quanto à distinção entre vício e sanção de inconstitucionalidade, Elival Ramos ensina que o vício de inconstitucionalidade corresponde a uma “desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo

⁹² Cf. DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. *In Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1, p.398.

⁹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. *In Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 154.

de formação), de caráter vertical (hierárquico) entre a lei e a Constituição”.⁹⁴ Por sanção de inconstitucionalidade, entende-se a consequência estabelecida pela Constituição a ser aplicada à norma no caso de constatação de vício de inconstitucionalidade, a forma prescrita pela Carta como meio de se viabilizar a restauração do sistema normativo-constitucional ferido pelo vício, a providência necessária ao alcance da “evolução do vício rumo à saúde constitucional”.⁹⁵

Conforme bem observou Juliano Bernardes,⁹⁶ a desvalorização da norma inconstitucional é a principal decorrência da constatação da existência do vício. Porém, não é a única, pois além dela também poderão ser aplicadas sanções tais como a responsabilização disciplinar, civil e penal dos órgãos ou agentes do poder político do Estado, ou até mesmo a particulares, quando envolvidos na prática de comportamentos inconstitucionais.

Em face da adoção pelo Judiciário brasileiro do princípio da nulidade da lei inconstitucional, a lei declarada inconstitucional é nula desde sua origem – *ab initio*. Daí se exigir eficácia *ex tunc* à decisão que a declare, porquanto a observância de uma norma inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição⁹⁷. Nesse caso, os termos “inconstitucionalidade” e “nulidade” são empregados como sinônimos, possuindo o caráter de sanção. Leva o ato ferido pela pecha de inconstitucionalidade a ser “declarado nulo *ipso jure* não mais podendo ser aplicado, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal”.⁹⁸

Sob a influência norte-americana, o princípio da nulidade da lei inconstitucional era aplicado somente no campo do controle difuso. Porém, com a evolução do mecanismo de controle da constitucionalidade, tal doutrina também foi adotada para as hipóteses da atuação do Supremo Tribunal Federal em controle

⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63.

⁹⁵ *Id. ibid.*

⁹⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. *Princípios processuais do controle abstrato de constitucionalidade de atos comissivos: aspectos contemporâneos no direito brasileiro*. Brasília, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, p. 21.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 288-289.

⁹⁸ *Ibid.*, p 292.

concentrado, consagrando os atributos da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional e da retroatividade radical quanto aos efeitos da decisão que a declarar.⁹⁹

A aplicação do efeito *ex tunc* lastreia-se no entendimento mediante o qual a sentença que declara tanto a inconstitucionalidade da norma como sua constitucionalidade tem natureza declaratória e não constitutiva. A atuação jurisdicional apenas verificará a validade ou a invalidade da norma em face da Constituição, reconhecendo, para o caso de invalidade, a nulidade do ato inválido.¹⁰⁰

Assim se manifestou o Ministro Paulo Brossard no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2-1/DF:

Segundo doutrina consagrada, é *ex tunc* o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgamento não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente. A Corte verifica e anuncia a nulidade, como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era.

Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não mudou a natureza do suposto diamante.

Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético.

Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso o seu efeito é *ex tunc*.¹⁰¹

⁹⁹ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *et. al. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 54.

¹⁰⁰ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 1892 – Tomo 1, p. 40.

Dessa forma, defendeu-se a tese segundo a qual o efeito *ex tunc* deve acompanhar a decisão que verifica a inconstitucionalidade de uma norma e que a natureza dessa decisão é declaratória, e não constitutiva.

2.6 Influências do Sistema Austríaco - Anulabilidade da Lei Inconstitucional

Para o sistema austríaco, idealizado por Hans Kelsen e implantado na Constituição austríaca de 1920, não existem atos jurídicos nulos. A Corte Constitucional não declara a nulidade da lei contrária à Constituição, mas a anula. Logo, enquanto o pronunciamento da Corte não for publicado, a norma jurídica tida como inconstitucional é válida e eficaz, apesar de inconstitucional.¹⁰²

Muito embora os efeitos da decisão que anula a norma se dêem para o futuro, a anulabilidade poderá ocorrer em graus diferentes, competindo à Corte determinar, ante sua faculdade discricionária de dispor, o momento em que a anulação da lei se operará.¹⁰³ No entendimento de Isabel Gallotti, “o ordenamento jurídico pode estabelecer que a anulação opere retroativamente, hipótese em que se costuma caracterizar, de forma incorreta, a norma como nula *ab initio* ou nula de pleno direito”.¹⁰⁴

Vem à baila a seguinte questão: a decisão que constatou a existência da pecha de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo ou meramente declaratório? Torna-se de fundamental importância ressaltar que a sentença constitutiva “é aquela pela qual se chega a uma declaração peculiar a todas as sentenças de mérito

¹⁰² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *In Revista de Direito Administrativo*, Vol. 230, outubro/dezembro de 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p.230-231.

¹⁰³ DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. *In Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1, p. 399.

¹⁰⁴ GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das lei e seus efeitos. *In Revista de Direito Administrativo*, vol. n. 170, outubro/dezembro de 1987. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 20.

(providimentos jurisdicionais de conhecimento), com o acréscimo da modificação de uma situação jurídica anterior, criando-se uma nova.”¹⁰⁵ Na esteira do pensamento de Kelsen, Dalton Dallazen¹⁰⁶ conclui que o ato que anula a validade de uma lei assemelha-se àquele que a criou, ou seja, também tem o sentido de norma, pois a norma ora anulada não era nula desde o início, mas se tornou nula em face da decisão que constatou a sua desconformidade com a Carta e que possui poder para desconstituí-la, inclusive, desde sua origem. Então, vindo a Corte a declarar a nulidade de uma lei por inconstitucionalidade com efeitos *ab initio*, na realidade, está a declarar sua anulação, porém, com efeito retroativo, uma vez que essa nulidade somente poderia ser reconhecida após o pronunciamento do órgão competente. Logo, a decisão demonstra não ter caráter declarativo, mas constitutivo, funcionando a anulação da norma como verdadeira sanção pela inconstitucionalidade verificada.¹⁰⁷

¹⁰⁵ CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p 303.

¹⁰⁶ DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. *In Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1, p. 398.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 397.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

3.1 A Evolução dos Sistemas Norte-Americano e Austríaco

Não obstante sua característica ortodoxa, ao tomar a lei inconstitucional como inexistente, exigindo que sejam desfeitas todas as situações jurídicas dela decorrentes, nos últimos tempos, o princípio em questão vem sofrendo processo de profunda revisão de premissas, quer por parte das Constituições, quer por força da evolução jurisprudencial.

Ao constatar a aplicação desse princípio pelo Judiciário norte-americano, percebe-se que, com o passar do tempo, ele vem recebendo certa dose de atenuação quanto à sua ortodoxia. Da mesma forma, também na Áustria fora percebida, nos idos de 1929, uma mitigação na aplicação da doutrina da não-retroatividade, o que demonstra a ocorrência de uma verdadeira convergência – muito embora ainda singela – entre os dois modelos de controle da validade das leis em face da Constituição.¹⁰⁸

É que as exigências práticas impõem a evolução do sistema, a adequação da resposta judicial ao caso em apreciação, como se nota pela análise dos seguintes exemplos: o caso de um servidor que é nomeado para o exercício do cargo com base em uma lei, e esta, muito tempo depois, se vê declarada inconstitucional, ou a situação de determinado Estado que arrecada certo tributo por um longo período de tempo com base em lei que também é declarada inconstitucional. Como ficariam todos os atos então praticados por esse servidor? E

¹⁰⁸ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.) *et. al.* *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 56.

as situações jurídicas já consolidadas? Se esse servidor fosse um juiz, como ficariam as sentenças por ele proferidas – sentenças com trânsito em julgado já verificado? Ou, no caso da arrecadação do tributo, devolveria o Estado todos os recursos arrecadados aos cidadãos que contribuíram em face da lei ora declarada nula? Poderiam ser declarados nulos com a lei todos os efeitos que foram produzidos por aqueles atos públicos ou privados que nela se fundaram?

Por conseguinte, os modelos contrapostos, o norte-americano e o austríaco, cederam aos abrandamentos ditados pela realidade jurídica e justiça pragmática, possibilitando atenuações ora na conferência de efeitos *ex tunc* pelos adeptos do modelo austríaco, ora na de efeitos *ex nunc* pelos adeptos do modelo norte-americano.

Em virtude da necessidade de posicionamento da Suprema Corte americana em questões de Direito Penal, a aplicação irrestrita do princípio da nulidade vem cedendo ante a impossibilidade imediata de declarar ilegítimas decisões condenatórias efetuadas sob a vigência da norma posteriormente declarada inconstitucional em processo diverso. A questão era a seguinte: se a lei nunca existiu, todas as condenações com base nessa lei seriam nulas. Contudo, em vista da adoção pelos Estados Unidos do modelo de controle de constitucionalidade em seu sistema difuso, os efeitos de tais decisões somente deveriam repercutir *inter partes*, não se estendendo a terceiros, tampouco a julgamentos já ocorridos, muito embora embasados na mesma lei.¹⁰⁹

A medida tomada pelo Tribunal estadunidense serviu à consolidação do entendimento segundo o qual a Constituição nem proíbe nem determina o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade, à luz da idéia de que uma lei antes de ser declarada inconstitucional pode produzir efeitos que nem sempre poderão ser apagados pela via de uma declaração judicial.¹¹⁰

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 541-542.

¹¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. *In Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 154

Da mesma forma, merece especial atenção por parte do Judiciário, a lei que, em matéria de Direito Administrativo e Civil, tenha sido aplicada por todos – órgãos públicos e particulares – pacificamente por muito tempo, uma vez que, conforme o caso, é preferível que se aceitem certos efeitos já consolidados, com vistas à preservação da paz social e à necessidade de um mínimo de segurança jurídica, sob pena de dar lugar à injustiça.¹¹¹ Tais situações ensejaram o posicionamento daquela Corte pela verificação da possibilidade ou não de aplicação da retroatividade dos efeitos da decisão somente após uma análise individualizada de cada caso.¹¹²

Hoje, nos Estados Unidos, berço do controle difuso e da aplicação da retroação dos efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade, já se admite que a questão sobre a aplicação dos efeitos nesses casos não deriva diretamente de princípio contido na Constituição, mas de princípio político – princípio da livre determinação judicial. Lá se entende tratar-se de política judicial cuja aplicação se sujeita à livre valoração do caso concreto pelo Judiciário, evitando-se, com isso, a insegurança das situações jurídicas que merecessem permanecer inabaladas ante a nulificação do ato normativo tido como desrespeitador da Constituição.¹¹³

3.2 Manifestações Inovadoras no Supremo Tribunal Federal

No âmbito do nosso Supremo Tribunal Federal, desde o início da década de 1970 já existia posicionamento pela mitigação dos efeitos do princípio da nulidade, dando mostra de aceitação do entendimento da adoção da operância prospectiva (ou efeito *ex nunc*) para circunstâncias determinadas, conforme se depreende do exame de julgados da Segunda Turma desse Tribunal.

¹¹¹ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 282.

¹¹² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 297.

¹¹³ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *et. al. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 58-59.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.594/SP,¹¹⁴ em 7 de junho de 1971, o Relator, Ministro Bilac Pinto, deparou com situação em que o recorrente exigia a nulidade da citação e da penhora verificadas em processo no qual figurava como réu, uma vez que foram praticadas por oficial de justiça que, na realidade, era servidor público integrante do Poder Executivo e que, ante as necessidades do Estado de São Paulo, fora autorizado por lei à prática dos referidos atos processuais. Ocorre que, em data posterior, pela via do controle concentrado, a lei estadual foi declarada inconstitucional, impondo-se, assim a nulidade de todos os atos dela decorrentes, pois se tornara nula, ou inexistente para o mundo jurídico, em face do princípio da nulidade *ab initio*.

Já nessa época percebiam-se situações particulares a exigir melhor interpretação ou a adequação da teoria da nulidade ao caso *sub judice*. Em seu voto, o Relator afirmou que “os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade – declaração feita contra lei em tese – não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos” e que se deveria levar em consideração a natureza civil ou penal da lei. Na espécie, tratava-se de assunto de Direito Administrativo no qual prevista a validação dos atos praticados por servidores de fato. Como a lei somente foi ferida com a pecha de inconstitucionalidade depois de consumados os atos de citação e de penhora, já estavam esses atos validados por força do Direito Administrativo. Daí concluir o eminente ministro:

Ainda que se pretenda que os efeitos da decisão desta Corte, pela sua própria natureza, têm efeito retroativo, para atingir todas as nomeações de oficiais de justiça feitas com apoio na Lei Estadual de 3.12.71, não se poderá daí concluir que os atos praticados por esses oficiais de justiça são nulos.

[...]

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 78594/SP, Relator Min. Bilac Pinto, sessão de 7.6.1974, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 71/2, p. 570: “FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE DA INVESTIDURA. VALIDADE DO ATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DE FATO. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido. Recurso não conhecido.”

E os atos que praticaram, como oficiais de justiça de fato, são válidos, de acordo com a melhor doutrina do direito administrativo.¹¹⁵

Não é raro que na rotina dos juízes surjam hipóteses de manifesta ilegalidade cuja correção acarreta dano maior do que a manutenção do *status quo*. Nesse julgamento, optou-se pela ponderação dos bens jurídicos em conflito, prevalecendo os fatos consumados e a providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda que essa providência possa ter como resultado a manutenção de uma situação ilegítima, que cause, todavia, menor impacto negativo à idéia de segurança jurídica, além de corresponder ao interesse social. Na realidade, o que se faz é prestigiar outros valores e preceitos constitucionais, de igual hierarquia ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, que exigem cumprimento e observância no juízo concreto.¹¹⁶

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343-BA,¹¹⁷ verificado em 31 de maio de 1977, assim se manifestou o Min. Leitão de Abreu:

Por outro lado, tem sido sustentado que essa regra geral [aplicação do princípio da nulidade ab initio da lei declarada inconstitucional] não é universalmente verdadeira; que existem muitas exceções ou que certas exceções têm sido reconhecidas a esse respeito; que essa teoria é temperada por diversas outras considerações; que uma visão realista vem corroendo essa doutrina; que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. 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

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 965 – Tomo 2 (1º.11.1974), p. 528.

¹¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. In *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 91.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, sessão de 31.5.1977, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 82/3, p. 791: "Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Dec.-lei nº 322, de 7 de abril de 1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que se acharia o agente, de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido."

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.

Apoiado na doutrina de Kelsen, defendeu o Relator a anulabilidade da lei e a natureza constitutiva da decisão judicial que proclama a inconstitucionalidade. Sua Excelência ressaltou a presunção de constitucionalidade da lei – elaborada por órgão legislativo competente e na observância do devido processo legislativo, tendo passado até mesmo pelo crivo do chefe do Poder Executivo –, que não pode simplesmente ser declarada nula desde a origem, pois, enquanto vigente, estabeleceu relações jurídicas entre o particular e o público, relações estas que não são possíveis de ser ignoradas em face do princípio da boa-fé. O certo é que o ato normativo, muito embora tenha sido declarado inconstitucional, por um dado período de tempo constituiu fato jurídico eficaz. O particular que agiu em conformidade com a norma, na presunção de que o fazia segundo o direito objetivo, não pode por isso ser prejudicado. Leitão de Abreu atribuía ao Tribunal o poder de declarar a inconstitucionalidade com eficácia restrita, dando ensejo à aplicação da norma inconstitucional ao caso concreto,¹¹⁸ o que, ante a teoria da nulidade, seria inconcebível.

Da lição de Regina Ferrari¹¹⁹ extrai-se que o Direito tem o condão de tornar os fatos significantes, porém, não possui atributo capaz de lhes impedir a ocorrência, tampouco de fazer que seus registros históricos sejam eliminados. Daí não se recomenda a aplicação, como regra absoluta, do efeito *ex tunc*, pois essa prática estaria a desprestigiar a segurança jurídica e a estabilidade do Direito:

Dizer que a mesma [a lei] é simplesmente nula, já que inválida desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade do mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e neste não há ato humano

¹¹⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 295.

¹¹⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, 'pois fora do mundo jurídico não haverá a reversibilidade do tempo'.¹²⁰

Nesse sentido também escreveu Dalton Dallazem:

Com efeito, os fatos, porque foram fatos, não deixam de ser fatos. Não podemos atingi-los (desconstituí-los) porque são (existem) fora do mundo jurídico, onde impera a irreversibilidade do tempo. Seria falso, outrossim, declará-los não ocorridos.¹²¹

As implicações práticas da declaração de inconstitucionalidade começam a repercutir sobre o princípio da nulidade da lei inconstitucional de modo a impingir-lhe desgaste, ante a irreversibilidade de certas situações consolidadas garantidoras de valores constitucionais, em especial as relacionadas aos direitos fundamentais.¹²²

No Recurso Extraordinário nº 105.789¹²³, ao tratar da situação de magistrados que auferiram determinadas vantagens pecuniárias em face de lei cuja inconstitucionalidade foi posteriormente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma entendeu por manter inalterada a situação, muito embora irregular, uma vez que o retorno ao *status quo* importaria em comprometimento do princípio da irredutibilidade de vencimentos. Ante a ponderação entre princípios de envergadura constitucional, o Relator, Ministro Carlos Madeira, concluiu que “tal garantia supera o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma”¹²⁴.

Citando Bachof, Gilmar Mendes assevera que “os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusivamente obrigados a ponderar as

¹²⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 283.

¹²¹ DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. *In Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1, p.398.

¹²² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. *In Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 154.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 105.789-1/MG, Rel. Min. Carlos Madeira, Sessão de 15.4.1986, DJ de 9.5.1986: “MAGISTRADO. Garantia constitucional da irredutibilidade de vencimento. A nova qualificação do tempo de serviço, anos depois de averbado e de haver produzido efeitos pecuniários em favor do magistrado, malfere a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, que torna intangível o direito que já nasceu e não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo. Recurso conhecido e provido.”

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 1418-3, p. 438.

suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas”.¹²⁵ Ademais, se o princípio da nulidade da lei inconstitucional funda-se na Constituição, e, levando-se em consideração o princípio da unidade da Constituição, é adequado ter-se presente que não há princípios constitucionais absolutos, nem hierarquia entre as normas constitucionais; logo, havendo concorrência entre essas normas a solução da preponderância há de ser resolvida pela percepção do peso de cada qual para a solução do caso concreto.¹²⁶

Relativamente aos casos de inconstitucionalidade parcial por omissão, a aplicação do princípio da nulidade trazia ao Tribunal um quadro que poderia acarretar o agravamento da situação de inconstitucionalidade,¹²⁷ ferindo os ideais de justiça aos quais todo juiz deve obediência.

Essa situação transparece quando analisamos a lei que introduz o valor do salário mínimo. A Constituição Federal de 1988 estatui:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 299.

¹²⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. *In Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 156-157.

¹²⁷ No julgamento da ADI 526, o Min. Sepúlveda Pertence realçou as insuficiências encontradas relativamente às técnicas de elaboração das decisões nos processos de controle de constitucionalidade. A hipótese dos autos é a da edição de lei que reajusta vencimentos de servidores diferenciadamente, embora ocupantes de cargos com atribuições iguais ou semelhantes, não observando o dever de tratamento igualitário contido no art. 39, § 1º, da Constituição de 1988. A primeira hipótese é a de julgar inconstitucional a norma concessiva do benefício, aplicando-se a teoria da nulidade, uma vez que o dispositivo legal não traz harmonia com o texto constitucional, pouco importando se da fulminação dessa norma esteja o Tribunal cometendo iniquidade contra os beneficiários que justamente recebiam seu reajuste. Outra hipótese, alternativa, seria a da declaração de omissão parcial da norma, no que reajustou a menor os vencimentos de parcela dos servidores. Neste caso, o Tribunal deveria estender os benefícios a todos aqueles que se encontrassem em semelhante condição. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal não possui poder, já que a Constituição, para os casos de constatada a omissão, prevê apenas que seja expedida comunicação ao órgão legislativo competente, para que proceda ao suprimento legislativo.

e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Apesar de a norma ser clara em sua pretensão, a lei que periodicamente fixa o referido salário não tem guardado atenção ao contido na Constituição Federal, estabelecendo-o, sempre, em valores aquém daquilo para o que se destina. O Executivo alega a inviabilidade de previsão em patamares maior, ante a impossibilidade orçamentária e, em especial, a quadra vivida pela Previdência Social e por pequenas prefeituras. Poderia o Supremo Tribunal Federal declarar tal norma inconstitucional e, à luz do princípio da nulidade da norma inconstitucional, aplicar, então, à sua decisão eficácia *ex tunc*, fazendo a norma sumir do mundo como se nunca tivesse existido? Como ficaria o trabalhador, ou mesmo o país, nessa situação, uma vez que a norma nula não deve ser observada? Não teríamos norma a tratar sobre o assunto – vácuo legislativo –, e o salário mínimo estaria sem valor até que fosse editada nova medida legislativa.

Diante da colisão de princípios de igual hierarquia, da existência de fatos jurídicos que não podem ser desconsiderados e da possibilidade do agravamento da situação que se busca ver protegida, o dogma da nulidade não pode ser tomado por absoluto. Portanto, cabe ao Judiciário demandar esforço no sentido de harmonizar e sopesar a importância de cada fator inserto na demanda, mitigando o princípio da nulidade absoluta, que cede ante a preponderância de outros valores levados à consideração.¹²⁸

Na prestação da jurisdição, o julgador deve atentar para o fato de que sua atividade exige sempre a obediência às normas positivadas. Em face da finalidade do Direito – perseguição do ideal de justiça e bem-estar social –, será necessário que sua decisão seja fruto da prudente ponderação entre a aplicação decorrente de um raciocínio lógico dedutivo e os efeitos que podem advir dessa decisão, pois, muitas vezes, os ajustes ou desajustes de momento podem até parecer resolvidos,

¹²⁸ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. *In Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 157.

porém, mais tarde, convertem-se em fontes de males maiores que aqueles que se pretendeu resolver.¹²⁹

3.3 A Evolução Legislativa

3.3.1 A edição das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99

Como resultado da evolução do sistema de controle de constitucionalidade, o ano de 1999 foi marcado pela edição das Leis nºs 9.868 e 9.882, de 10 de novembro e 3 de dezembro, respectivamente, responsáveis por imprimirem alteração de fundamental importância à tradição jurídica brasileira, até então espelhada no modelo estadunidense. Esses diplomas legais trouxeram para o Direito Constitucional brasileiro a possibilidade de o órgão judicial dispor sobre os efeitos de sua decisão quando declarar a inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, atribuindo ao julgador certa parcela de discricionariedade ante um juízo de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e os princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social, pela busca da preservação das relações jurídicas constituídas sob a égide de diploma possuidor de presunção de validade, que ora se vê banido do ordenamento jurídico.

Nesse intento, assim restou redigido o art. 27 da Lei nº 9.868/99, norma de conteúdo semelhante ao art. 11 da Lei nº 9.882/99¹³⁰:

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

¹²⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 321-322.

¹³⁰ BRASIL, Lei nº 9.882, de 3.12.1999: “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com esse instituto normativo, o legislador ordinário reconheceu a necessidade de abandono dos pontos extremos das duas correntes, a norte-americana e a austríaca, que buscam estabelecer a eficácia da sentença que proclama a inconstitucionalidade, pois a observância irrestrita desses entendimentos pode repercutir negativamente na segurança e na certeza do Direito. Não há como negar a existência válida da lei inconstitucional até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considerou, bem como não se deve prestigiar o ato embasado em lei inconstitucional.¹³¹

Em homenagem ao sistema constitucional português, cuja Constituição traz no seu art. 282º, n. 4,¹³² norma de teor similar à do referido art. 27, a nova legislação brasileira veio a inserir uma idéia de ponderação no atual sistema, no qual prevalecia a tese da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional, dosando a excessiva rigidez de modo a acabar com a incerteza da aplicação do Direito no que tange à capacidade de determinar no tempo o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Buscou, com isso, a exaltação do próprio Direito, cuja razão de ser está alicerçada na possibilidade de proporcionar harmonia à convivência social pela satisfação da necessidade de segurança jurídica e de evitar que os tribunais deixem de decidir pela existência da inconstitucionalidade por receio de

¹³¹ DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. *In Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1, p. 397-398.

¹³² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976): “Art. 282º: 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. [...] 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.”

que o restabelecimento do *statu quo ante* possa trazer conseqüências por demais gravosas.¹³³

Ao dispor sobre a possibilidade de dosagem dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, o legislador não exclui do mundo jurídico a hipótese da aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. A adoção dos efeitos desse princípio ainda continua sendo a regra aplicada¹³⁴ – em constatando a existência do vício de inconstitucionalidade, o Tribunal deverá optar pela aplicação à sua decisão do efeito *ex tunc*, anulando a norma desde a origem. O que se acresceu à hipótese foi que, ante a verificação de motivos de segurança jurídica e de excepcional interesse social, poderá o órgão julgador impor restrições aos efeitos da decisão e decidir pela aplicação dos efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, de modo a melhor alcançar o resultado justo para o caso. Isso revela que a aplicação dos novos institutos não se contradiz à adoção da nulidade *ab initio*, mas a reafirma, já que funcionam como verdadeiras exceções à regra.¹³⁵

O dispositivo mencionado da Lei nº 9.868/1999 está com sua constitucionalidade questionada mediante ação direta de inconstitucionalidade, na qual se perquire se poderia o Congresso Nacional, por meio de lei ordinária, permitir que o Supremo Tribunal Federal emende a Constituição, pois, indiretamente, é o que entendeu o requerente estar fazendo o Tribunal quando permite que uma lei inválida possa produzir efeitos, mesmo que limitados, em detrimento da Carta da República. Contudo, conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco, “a norma, na realidade, estaria apenas ratificando o poder inerente à Corte Constitucional de pôr em equilíbrio princípios concorrente.”¹³⁶

3.3.2 Princípio da Segurança Jurídica

¹³³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 323-324.

¹³⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 311.

¹³⁵ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

¹³⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. *In Direito Público*, nº 8, abril/junho, 2005, p. 158.

É notório que a expressão “segurança jurídica” é plurissignificativa. Não possui significado preciso, caracterizando um conceito jurídico indeterminado. Ao se levar em conta um dos principais motivos do Direito, que é o culto à idéia de justiça, a segurança jurídica se apresenta ligada às noções de que a lei nasce por todos e para todos – inclusive para os governantes e legisladores –, o que legitima a atuação do Poder Público. Segurança jurídica é a soma dessa certeza e legalidade; é o direito do qual nasce a condição necessária de certeza para que os cidadãos possam sentir-se senhores de seus próprios atos e dos atos dos outros.¹³⁷ Assim como o princípio da nulidade da lei inconstitucional, o direito à segurança jurídica também possui *status* de princípio constitucional implícito na Carta de 1988.

Ao apreciar os elementos que integram e dão efetividade ao princípio da segurança jurídica, assim concluiu Martins:

Formalmente a segurança jurídica é assegurada pelos princípios seguintes: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação de julgamentos parciais, etc.¹³⁸

Possível ofensa ao princípio da segurança jurídica deverá ser analisada caso a caso, devendo-se levar em consideração que, conforme a situação concreta, a simples ofensa a um dos princípios dele integrantes poderá não configurar a sua ofensa. Restará malferido quando, pela contrariedade de um desses princípios, for verificada a mitigação do “mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo o cidadão, a respeito de quais são as normas de

¹³⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 304-306.

¹³⁸ MARTINS, Eliezer Pereira. *Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar*. Aspectos atuais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3852>>. Acesso em: 9 junho de 2005.

convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”.¹³⁹

3.3.3 Princípio do Excepcional Interesse Social

Cada indivíduo tem interesses que são sentidos apenas por ele próprio – são os chamados “interesses individuais”. No momento em que os membros da coletividade da qual esse indivíduo faz parte possuem interesses individuais semelhantes aos seus, esses interesses, que eram apenas individuais, tornam-se coletivos. O interesse coletivo passará a corresponder ao interesse social quando os membros que compõem o grupo social – que é formado pela aglutinação das várias coletividades – alinharem-se de modo que seus interesses coletivos sejam os mesmos. É de se observar que o interesse do Estado, como Administração Pública, é apenas mais uma das parcelas de interesses coletivos que comporá o interesse social.¹⁴⁰

A determinação do excepcional interesse social consiste numa apreciação de natureza política, de um exame valorativo, notadamente relacionado com a conveniência ou oportunidade e dependerá da visão que o juiz, individualmente, tenha das coisas. Essa idéia resta reforçada pela exigência do quórum especial – mínimo de dois terços dos membros do Tribunal –, configurando verdadeira cautela, uma vez que a adoção da medida excepcional por maioria simples ou absoluta poderia ensejar certa insegurança. O grau de excepcionalidade ante a existência do aspecto político também é revelado quando se verifica que é exigida a maioria absoluta para a declaração da inconstitucionalidade. Porém, para a dosagem do efeito dessa decisão, exige-se quórum mínimo de dois terços dos membros, o que, no entendimento de Ferreira Filho, torna o Supremo Tribunal Federal uma terceira

¹³⁹ NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito?* Disponível em <<http://www.jurid.com.br>>. Acesso em: 25 de março de 2005.

¹⁴⁰ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 312-313.

Câmara do Poder Legislativo, em face do poder que lhe foi atribuído de “convalidar” um ato inconstitucional, pois pode manter eficaz, por período por ele determinado, a lei cuja inconstitucionalidade foi também por ele reconhecida.¹⁴¹

Impõe ressaltar que o interesse social é princípio atinente às pessoas. Daí a sua preponderância sobre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, pois os valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material.¹⁴²

3.4 A Aplicação da Lei nº 9.868/1999 pelo Supremo Tribunal Federal

Em março de 2004, pela via do controle difuso, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917-8/SP. Nesse processo foi apresentada ao Tribunal situação na qual o Ministério Público do Estado de São Paulo, por via de ação civil pública, impugnava o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, sob a alegação de que este não obedecera à proporção estabelecida no art. 29, IV, a, da Constituição Federal¹⁴³ para a fixação do número de vereadores.

No juízo de primeiro grau, a ação foi julgada parcialmente procedente, sendo declarada inconstitucional a norma municipal e extintos os mandatos excedentes ao número estabelecido pela legislação anterior. O Município e a Câmara apelaram e, no Tribunal de Justiça, tiveram seus recursos providos, sendo, então, interposto recurso extraordinário.

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *In Revista de Direito Administrativo*, Vol. 230, outubro/dezembro de 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p. 226-227.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80.

¹⁴³ BRASIL. Constituição (1988). Art. 29: “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes.”

No Supremo Tribunal Federal, o Relator, Min. Maurício Corrêa, consignando que a Constituição não emprega palavras ou expressões vazias, entendeu que a norma impugnada feria a Carta da República, uma vez que não atendia aos critérios da proporcionalidade e da isonomia.¹⁴⁴

Eis o primeiro problema: preconizando o Tribunal que o número de vereadores fixado para o município estava acima do permitido, poderia o Tribunal alterar a norma e indicar a quantidade correta? Na esteira da orientação do juízo de primeiro grau, a estipulação do número de vereadores para o município é da competência constitucional específica do Poder Legislativo local. Para o caso, ao Judiciário somente incumbia declarar a inconstitucionalidade do dispositivo e oficiar à Câmara Legislativa local acerca da inconstitucionalidade para tomar as devidas providências.¹⁴⁵

Contudo, além da pretensão de reduzir o número de vereadores de 11 para 9, o recurso extraordinário em questão também buscava afastar os vereadores excedentes e a devolver os subsídios por eles percebidos. Nesse ponto surge o entendimento trazido pela Lei nº 9.868/99: a decisão de declaração de inconstitucionalidade precisava ser limitada no tempo, ou seja, o caso não ensejava a aplicação incondicional do princípio da nulidade da lei inconstitucional, pois a cassação dos mandatos deveria ser precedida de reavaliação do quociente eleitoral. Em seu voto, Gilmar Mendes pronunciou-se nos seguintes termos:

Somente deveria decidir com base nesse preceito [pela nulidade absoluta da lei inconstitucional] se a pronúncia da nulidade da lei se mostrasse apta a resolver a questão. Essa seria a hipótese se, em lugar da lei declarada inconstitucional ou nula, surgisse uma norma apta a preencher eventual lacuna do ordenamento jurídico. Do contrário, deveria o Tribunal abster-se de pronunciar a nulidade.

[...]

¹⁴⁴ *Id.*, Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 2150-3, p. 394.

¹⁴⁵ *Ib. ibid.*, p. 396.

Como se pode ver, se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limitem os efeitos dessa declaração (*pro futuro*).¹⁴⁶

Então, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao caso, muito embora estivesse atuando em controle difuso.¹⁴⁷ A eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* traria prejuízos imensuráveis ao sistema, que seria atingido pelo desfazimento de todas as decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito e que resultaram na atual composição da Câmara Municipal: implicaria rever a fixação do número de vereadores, do número de candidatos e a redefinição do quociente eleitoral. Da mesma forma seriam também atingidas as decisões tomadas posteriormente ao pleito, bem como a validade das deliberações da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovadas.

Sob um juízo de proporcionalidade, concluiu o Tribunal pela preservação do modelo legal existente naquela legislatura, assentando que eventual decisão cassatória acabaria por se distanciar ainda mais da vontade constitucional. Eis como ficou redigida a ementa do julgado na parte relativa aos efeitos da decisão:

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.¹⁴⁸

Por conseguinte, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do dispositivo legal municipal. Determinou, no entanto, que a Câmara de Vereadores, após o trânsito em julgado dessa decisão, adotasse as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros fixados no acórdão, respeitando os mandatos dos atuais vereadores.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 2150-3, pág. 407.

¹⁴⁷ Em seu voto, Gilmar Mendes ressaltou que: “a norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional”.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, RE nº 197917-8/SP, DJ de 7.5.2005.

A aplicação do efeito *pro futuro* busca garantir certa margem de manobra ao Judiciário, para que, ante as peculiaridades do caso, venha a alcançar uma medida que traga a solução para o problema, evitando-se as conseqüências da criação de um vácuo legislativo decorrente da retirada abrupta da norma, que pode se revelar mais danosa à ordem constitucional do que a manutenção da norma impugnada. Dessa forma, confere-se ao órgão legislativo a possibilidade de, em tempo hábil, preencher a lacuna que a ausência da norma impugnada criará, impedindo, assim, a produção de efeitos que poderiam ser altamente ofensivos ao interesse social e à segurança jurídica.¹⁴⁹

Como se vê, a Lei 9.868/99, bem como a Lei 9.882/99, foi editada com o intuito de estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a permitir que o Judiciário, sempre que deparar com um incidente de inconstitucionalidade, quer por via direta, quer pela atuação no controle difuso, não fuja à sua missão e possa enfrentá-lo, emitindo o seu entendimento. A edição dessas leis vem como resultado da evolução de um sistema que inicialmente se espelhou no modelo de controle utilizado nos Estados Unidos e que, diante da evolução experimentada pelo modelo original e das necessidades vivenciadas dia-a-dia pelo nosso Judiciário, necessita de aprimoramento, adaptando o modelo para que a demanda pela prestação jurisdicional seja atendida satisfatoriamente, e também prestigiado o interesse social e a segurança jurídica.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Cf. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.) *et. al. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 126.

¹⁵⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 325.

CONCLUSÃO

O caráter constitucional do princípio da nulidade da lei inconstitucional é questão incontestada. A aplicação do disposto nos arts. 27 da Lei nº 9.868/99 e 11 da Lei nº 9.882/99 deve ocorrer mediante um juízo de ponderação entre princípios constitucionais implícitos na Carta de 1988, quais sejam, o da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, além de um rigoroso exame para a verificação do excepcional interesse social, de forma a sempre se ter como alvo a verdadeira finalidade do Direito, revelada na pretensão de proporcionar a harmonia na convivência social pela satisfação da segurança jurídica e estabilidade nos relacionamentos da sociedade. A mitigação da ortodoxia do princípio da nulidade da lei inconstitucional, dentro de uma obediência irrestrita às normas postas pelo Estado, individualizará o exame do caso *sub judice*, tornando justa e eficaz a prestação da jurisdição.

Não se busca com isso fomentar a elaboração de normas inconstitucionais pela possível convalidação de leis inconstitucionais. Não. O princípio da nulidade não se opõe às normas insertas nos arts. 27 e 11 das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, pois o efeito retroativo, anulando *ab initio* o ato inconstitucional, continua sendo a medida a ser aplicada. O que se possibilita é a dosagem desse efeito diante de situações jurídicas irreversíveis ou de difícil reversibilidade, que constituem verdadeiras exceções à regra, fatores extravagantes. Para essas situações, a adoção irrestrita do efeito *ex tunc* importaria em malferir os ideais do Direito, causando danos mais lesivos do que a manutenção provisória do ato viciado. A aplicação da norma inserta nos arts. 27 e 11 referidos possibilita ao Tribunal a manutenção do *status quo*, muito embora formado irregularmente, em benefício do princípio da segurança jurídica e do excepcional interesse social.

Ao legitimar os atos praticados sob a égide da lei tida como inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal não está a assumir papel de legislador positivo, criando norma de hierarquia constitucional com vistas a convalidar atos inconstitucionais. A atuação da Corte permanece adstrita ao exercício da função jurisdicional. Dia-a-dia

são apresentadas aos tribunais para julgamento situações de manifesta ilegitimidade, nas quais se constata a ocorrência de fatos cuja reversibilidade demonstra-se difícil, se não impossível, por comprometerem outros valores. Diante desses casos, o juiz tem por função ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela decisão que provoque o menor prejuízo para o sistema, ainda que essa decisão possa ter como resultado a manutenção de uma situação originariamente ilegítima.

Nesse pensamento, agiu acertadamente o legislador ordinário ao impor a maioria de dois terços dos membros do Tribunal para a tomada dessa decisão – que impede a retroação dos efeitos da inconstitucionalidade –, uma vez que a conotação exigida para o quadro não é exclusivamente jurídica, mas possuidora de certa parcela política. A parcela política da decisão consiste na percepção, pelo magistrado individualmente considerado, da extensão da ofensa aos princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social em face do possível dano que a manutenção dos atos decorrentes da lei inconstitucional possa causar. Como se vê, não se trata de legislar – criar normas para disciplinar situações futuras –, mas de julgar – fazer juízo de valor sobre fatos passados.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal passa a assumir natureza constitutivo-negativa, pois somente após a apreciação do vício de inconstitucionalidade é que esta lei poderá ser tida como inconstitucional. Essa decisão não tem o condão de meramente provar o vício preexistente, reconhecendo que a lei nasceu viciada e, como tal, é inconstitucional, mostrando-se nula *ipso jure*. A decisão reconhecerá a existência do vício e, diante de sua comprovação, aplicará uma sanção à lei, que é a sua anulação no alcance que o Tribunal entender suficiente para o atendimento da idéia de Justiça, ou seja, terá eficácia a partir do momento em que a segurança jurídica e o excepcional interesse social determinarem. A norma viciada, então, não era nula desde o início; foi a decisão do Tribunal quem a anulou, com eficácia retroativa ou não.

O Supremo Tribunal Federal, quando declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, mitiga o princípio da nulidade. Ele não declara a nulidade da norma inconstitucional desde sua origem, mas a sua ineficácia para determinado quadro. A lei pode permanecer válida em relação a determinado número de casos ou pessoas e tornar-se inválida em relação a outros. O mesmo ocorre se o Tribunal

decide em interpretação conforme a Constituição. Verifica-se que não há nulidade, mas a fixação pelo Tribunal de sentido obrigatório para a interpretação da norma. Daí Por isso, muito embora seja pacífico o entendimento segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade pressupõe a suspensão dos dispositivos impugnados, em situações excepcionais a aplicação desses preceitos torna-se indispensável, nos casos em que a ausência de norma de regência traga prejuízos que agravem ainda mais o estado de inconstitucionalidade, reconhecendo-se, assim, que a aplicação da lei inconstitucional pode ser exigida pela própria Constituição.

REFERÊNCIAS

BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Livraria Almedina: Coimbra: 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed., rev. e atual. até a EC nº 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARRAL, Welber Oliveira. *Metodologia e pesquisa jurídica*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Princípios processuais do controle abstrato de constitucionalidade de atos comissivos: aspectos contemporâneos no direito brasileiro*. Brasília, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. *In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *in Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, São Paulo: Malheiros, 1997.

DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional – Temperança. *In Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *In Revista de Direito Administrativo*, Vol. 230, outubro/dezembro de 2002, Rio de Janeiro: Renovar.

GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das lei e seus efeitos. *In Revista de Direito Administrativo*, vol. n. 170, outubro/dezembro de 1987. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP. *Manual para a elaboração das monografias do IDP*. Disponível em: <http://www.idp.org.br/index.php?op=std_1&id=12&sc_1=30&sc_2=49>. Acesso em 27 de abril de 2007.

JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, 2. ed. , Coimbra, Coimbra ed., 1988, t. 2.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Método, 2004.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar*. Aspectos atuais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3852>>. Acesso em: 9 junho de 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade como técnica de decisão da omissão legislativa parcial e o cabimento de cautelar nos casos de omissão parcial. *In Repertório de Jurisprudência IOB – Tributário, Constitucional e Administrativo*, n. 15/2002 – Caderno 1.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, Marcelo . *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988

NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito?* Disponível em <<http://www.jurid.com.br>>. Acesso em: 25 de março de 2005.

PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição & eficácia social*. Curitiba: Juruá, 2003.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa (1976) – 3. Revisão, 1992*, Diário da República, Suplemento ao n. 273, 1ª série-A, de 25 de novembro de 1992, Lisboa: Assembléia da República – Divisão de Edições, 1994.

PRUDENTE, Antônio Souza. *Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade*. In *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, nº 4, ano 16, abril de 2004. Brasília.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *et. al. O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed., revista e atualizada nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2003.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.