

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**PROCESSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
REVISITANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA**

Henry Gonçalves Lummertz

Porto Alegre
2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**PROCESSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
REVISITANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA**

Henry Gonçalves Lummertz

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre
2006.

À Profa. Dra. Jussará Gonçalves Lummertz, minha mãe. Pela liberdade e pelas oportunidades que sempre me propiciou, definitivas para que eu desenvolvesse a curiosidade e a inquietação que conduzem à pesquisa. Pelo exemplo: seu mestrado e seu doutorado foram experiências marcantes também para mim. Como os vivenciei, ela agora vivencia esse meu momento. Finalmente, pelo estímulo e pelo auxílio na elaboração deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, exemplo como professor, advogado, magistrado e na seriedade com que conduz suas pesquisas nos domínios do Direito. Pelo estímulo, pelos conhecimentos partilhados e pela orientação segura, meu reconhecimento e admiração.

Ao Prof. Dr. Cláudio Michelin. Professor e, depois, colega e amigo. Pelas diversas discussões travadas, que muito contribuíram para o refinamento das idéias expostas neste trabalho, pelas preciosas indicações recebidas e pelo estímulo.

Às oportunidades que recebi, primeiro em Ávila Advogados e atualmente em Veirano Advogados, espaços e tempos de uma prática qualificada da advocacia, em que os problemas jurídicos vivenciados no dia-a-dia expõem toda a complexidade da realidade, desafiando constantemente a teoria, a fim de que ela apresente soluções para novos e mais intrincados casos.

À Magda Massim e Aline Argenta, pelo inestimável auxílio na localização e obtenção da bibliografia. A Eliana Anceles, Sylvia Silveira, Nádia Krolkowski, Tomás Petter, Pedro Amaral e Ana Yurgel e todos aqueles que ajudaram a obter a bibliografia e a jurisprudência utilizadas.

Todos os interesses momentâneos — ainda quando realizados — não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incômoda.

Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo uma adequada compreensão da decisão judicial acerca da inconstitucionalidade da norma no ordenamento jurídico erigido sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente no que diz respeito às conseqüências da inconstitucionalidade da norma e à eficácia da decisão de inconstitucionalidade. A pesquisa desenvolvida é exploratória quanto a sua técnica e explicativa quanto a seu objetivo. É exploratória, porque busca no ordenamento jurídico, na jurisprudência e na doutrina instrumentos que permitam compreender o problema da norma inconstitucional e do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas; é explicativa quanto a seu objetivo, pois busca compreender os fenômenos jurídicos envolvidos na decisão de inconstitucionalidade, identificando os fatores que determinam ou contribuem para a inconstitucionalidade da norma e para a definição das conseqüências desta inconstitucionalidade, buscando explicar adequadamente o fenômeno da inconstitucionalidade da norma, a fim de definir como esta inconstitucionalidade se reflete na própria norma e na decisão jurisdicional que a reconhece. Deste estudo, resulta que a jurisprudência e a doutrina afirmam, de forma predominante, a nulidade da norma inconstitucional e a eficácia declaratória e *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, indicando, contudo, que, em determinados casos, é necessário mitigar essa concepção ou abrir exceções, a fim de preservar os efeitos jurídicos ou a eficácia da norma inconstitucional. Resulta, ainda, que o ordenamento

jurídico erigido sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na medida em que consagra a supremacia e a rigidez da Constituição e se caracteriza por sua unidade e coerência, exige que a inconstitucionalidade da norma tenha como conseqüências sua invalidade — *ipso jure* e a partir do momento em que se verifica a inconstitucionalidade —, sua inexistência enquanto norma jurídica e sua ineficácia — identificada esta com a incapacidade de incidir sobre os fatos e atribuir-lhes efeitos jurídicos —, conduzindo determinando, ademais, à eficácia declaratória e *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade. Resulta, por fim, que as perplexidades apontadas por aqueles que se insurgem contra a concepção acerca da invalidade da norma inconstitucional são meramente aparentes e o próprio ordenamento jurídico possui meios para solucioná-las, sem que, para tanto, seja necessário atenuar ou abrir qualquer exceção em relação à invalidade da norma inconstitucional. O trabalho conduz, então, à conclusão de que, no ordenamento jurídico erigido sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a norma inconstitucional padece de invalidade, inexistência e ineficácia, características que se congregam na concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional, e que a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia declaratória e *ex tunc*, sendo que essa concepção pode ser aplicada em todo e qualquer caso, sem que seja necessário mitigá-la ou excepcioná-la.

Palavras-Chave: Norma – Inconstitucionalidade – Controle de Constitucionalidade – Nulidade – Invalidade – Inexistência – Ineficácia – Eficácia Declaratória.

ABSTRACT

This work intends to provide an accurate understanding of court decisions declaring the unconstitutionality of legal rules under the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, especially in what regards the consequences of the unconstitutionality and the efficacy of the decision on unconstitutionality. The study is exploratory as to its method and explicative as to its objective. It is exploratory because it seeks within the legal system, case law and doctrine, instruments which allow for an understanding of what an unconstitutional rule might be while providing an account of the constitutionality control by courts; it is explicative as to its objective because it endeavors to comprehend the legal phenomena related to the declaration of unconstitutionality by identifying the determinant or contributive factors to a rule's unconstitutionality and its consequences, seeking to explain accurately this event in order to determine how it reflects on the rule itself and on the court decision that acknowledges its unconstitutionality. It turns out that the majority of both case law and doctrine considers the unconstitutional rule invalid and the effects of its court declaration to be backdated to the moment the statute was passed, indicating that in some cases it is necessary to mitigate such conception and open exceptions so as to sustain unconstitutional rule's juridical effects. In fact, as 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil provides for the supremacy and rigidity of the Constitution, which is characterized by its cohesion and coherence, it follows that the

consequences of the unconstitutionality of a rule are its invalidity – *ipso iure*, as from its verification – its inexistence as legal rule and its inefficacy (understood as the ability of applying to facts, in such a way as to generate legal effects), further determining the unconstitutionality decision’s declaratory and backdated efficacy. Finally, the study concludes that the problems identified by those who argue against the thesis of the invalidity of the unconstitutional rule are only apparent since the legal system itself has means to solve those problems in such a way that it is not necessary to mitigate or to open any exception to the thesis that an unconstitutional rule is invalid. The study leads to the conclusion that, within 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, the unconstitutional rule is invalid, inexistent and ineffective, which are all characteristics located within the scope of a void rule, and that court decisions on the unconstitutionality of a legal rule have declaratory and backdated efficacy, which conclusion is applicable to every single case of court decisions on a rule's unconstitutionality, since there is no need for mitigation or exception.

Key-words: Rule – Unconstitutionality – Constitutionality control – Annulment – Invalidity – Inexistence – Inefficacy – Declaratory Efficacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 PANORAMA ATUAL ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA.....	3
1.1 A inconstitucionalidade da norma.....	3
1.1.1 A noção de inconstitucionalidade	3
1.1.2 Inexistência de prévia determinação acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia de decisão de inconstitucionalidade ...	3
1.1.3 O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América do Norte	3
1.1.4 O controle de constitucionalidade na Áustria	3
1.1.5 O controle de constitucionalidade na Itália	3
1.1.6 O controle de constitucionalidade na Alemanha.....	3
1.1.7 O controle de constitucionalidade em França.....	3
1.1.8 O controle de constitucionalidade em Portugal	3
1.1.9 O controle de constitucionalidade na Espanha	3
1.1.10 A definição das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade.....	3
1.2 A Inconstitucionalidade da norma no ordenamento jurídico brasileiro	3
1.2.1 A nulidade, a invalidade e a inexistência da norma inconstitucional.....	3
1.2.2 A ineficácia da norma inconstitucional	3
1.2.3 O momento a partir do qual se verificam as conseqüências da inconstitucionalidade da norma	3
1.2.4 A eficácia declaratória da decisão de inconstitucionalidade	3
1.2.5 A eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade.....	3
1.2.6 A inadmissibilidade da denominada “Teoria Prospectiva”	3
1.3 Perplexidades surgidas a partir da concepção da nulidade da norma inconstitucional	3
1.3.1 A necessidade de se mitigar ou atenuar a concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional	3
1.3.2 A insuficiência da concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional	3
1.3.3 As situações de fato já consolidadas	3
1.3.4 A segurança jurídica	3
1.3.5 A boa-fé.....	3
1.3.6 A colisão com princípios fundantes do ordenamento jurídico	3
1.3.7 As fórmulas de preclusão	3
1.3.8 A justiça material e a paz social	3
1.3.9 O risco de inação do Poder Judiciário	3

1.3.10 A necessidade de se admitir que as conseqüências da inconstitucionalidade da norma e a eficácia da decisão de inconstitucionalidade sejam adequadas às peculiaridades do caso concreto.....	3
1.4 Outras Concepções acerca da Norma Inconstitucional.....	3
1.4.1 A existência de outras concepções acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade.....	3
1.4.2 A norma inconstitucional é existente e nula.....	3
1.4.3 A norma inconstitucional é anulável.....	3
1.4.4 A norma inconstitucional é nula e eficaz.....	3
1.4.5 A nulidade da norma inconstitucional enquanto princípio.....	3
1.4.6 A inexistência de prévia determinação das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade.....	3
1.4.7 A norma inconstitucional é inexecutável.....	3
1.4.8 A decisão de inconstitucionalidade como ato legislativo.....	3
1.5 A Inconstitucionalidade por omissão.....	3
1.5.1 A definição da inconstitucionalidade por omissão.....	3
1.5.2 As dificuldades surgidas no controle de inconstitucionalidade por omissão.....	3
1.5.3 O controle de constitucionalidade nos casos de omissão parcial.....	3
1.6 O artigo 27 da Lei nº 9.868/99.....	3
1.6.1 As razões que levaram à edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.....	3
1.6.2 A opinião daqueles que entendem que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 alterou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.....	3
1.6.3 A opinião daqueles que questionam a validade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.....	3
1.6.4 A opinião daqueles que entendem que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não introduziu qualquer alteração no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.....	3
1.6.5 O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	3
2 REVISITANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA.....	3
2.1 Premissas: supremacia e rigidez da constituição e unidade e coerência do ordenamento jurídico.....	3
2.1.1 A supremacia e a rigidez da Constituição.....	3
2.1.2 A unidade e a coerência do ordenamento jurídico.....	3
2.2 Conseqüências da inconstitucionalidade da norma.....	3
2.2.1 A invalidade da norma inconstitucional.....	3
2.2.2 A inexistência da norma inconstitucional.....	3
2.2.3 A ineficácia da norma inconstitucional.....	3
2.2.4 A impossibilidade de se admitir outras conseqüências para a inconstitucionalidade da norma.....	3
2.2.5 A nulidade da norma inconstitucional.....	3
2.2.6 As manifestações que corroboram o entendimento acerca da nulidade da norma inconstitucional.....	3
2.2.7 A nulidade da norma inconstitucional não constitui um princípio.....	3
2.2.8 Não cabe ao Poder Judiciário definir discricionariamente as conseqüências da inconstitucionalidade da norma.....	3
2.3 Eficácia da decisão de inconstitucionalidade.....	3
2.3.1 A eficácia declaratória da decisão de inconstitucionalidade.....	3
2.3.2 A decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade e em sede de controle concreto de constitucionalidade.....	3
2.3.3 A interpretação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.....	3

2.4 A superação das perplexidades: a incidência de normas jurídicas sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional.....	3
2.4.1 A inconstitucionalidade da norma não implica sejam os atos e fatos praticados ou ocorridos sob sua égide privados de efeitos jurídicos.....	3
2.4.2 A incidência de normas jurídicas sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional.....	3
2.4.3 A inexistência de qualquer exceção ou atenuação em relação à concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional.....	3
2.5 A superação das perplexidades: a aferição da inconstitucionalidade	3
2.5.1 O paradigma para a aferição da inconstitucionalidade da norma é o conteúdo normativo da Constituição.....	3
2.5.2 A definição do conteúdo normativo da Constituição	3
2.5.3 A conclusão acerca da inconstitucionalidade da norma.....	3
2.5.4 A aferição da inconstitucionalidade da norma.....	3
2.6 A superação das perplexidades: a inconstitucionalidade por omissão.....	3
2.6.1 A inaplicabilidade da concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional aos casos de inconstitucionalidade por omissão	3
2.6.2 O controle de constitucionalidade nos casos de omissão parcial	3
CONCLUSÃO.....	3
REFERÊNCIAS.....	3
JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA.....	3

INTRODUÇÃO

A doutrina brasileira acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma¹ e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade² não apresenta a consistência que seria de se desejar em tema dessa relevância.

Afirma-se preponderantemente a nulidade da norma inconstitucional e a eficácia declaratória da decisão de inconstitucionalidade. Para fazer frente às perplexidades que se apresentam quando da aplicação dessa concepção aos casos levados ao Poder Judiciário, contudo, propõem-se exceções ou temperamentos e transplantam-se experiências estrangeiras, que, não obstante conduzam a solução que se apresenta como correta para os casos examinados, colidem com elementos estruturais do ordenamento jurídico brasileiro erigido sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como a supremacia e a rigidez da Constituição e a unidade e coerência do ordenamento jurídico.

¹ Embora a doutrina e a jurisprudência utilizem as expressões “lei inconstitucional”, “ato normativo inconstitucional” ou “ato jurídico inconstitucional”, entende-se que estas expressões carregam um juízo acerca da juridicidade da norma ou do ato, com o qual não se quer, em princípio, comprometer-se, além de poderem conduzir a uma confusão entre o ato normativo (lei, decreto, etc.) e as normas jurídicas nele contidas. Não se utilizará, portanto, estas expressões, preferindo a expressão “norma”, significando apenas o veículo de um conteúdo deontico, não necessariamente revestido de natureza jurídica.

² Utiliza-se a expressão “decisão de inconstitucionalidade” para se referir à decisão proferida pelo Poder Judiciário acerca da constitucionalidade de uma norma, ao invés da expressão “declaração de inconstitucionalidade”, usualmente empregada pela doutrina e jurisprudência, para evitar um comprometimento prévio em relação à natureza e à eficácia desta decisão.

Nesse contexto, este trabalho busca estabelecer uma adequada compreensão da inconstitucionalidade da norma e da decisão de inconstitucionalidade, a partir dos elementos oferecidos pelo ordenamento jurídico erigido sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina.

A inconstitucionalidade da norma decorre da incompatibilidade entre a norma e a Constituição, seja porque a norma, em sua elaboração, não seguiu os parâmetros estabelecidos no Texto Constitucional, seja porque a norma possui um conteúdo não admitido pela Constituição.

A questão da inconstitucionalidade da norma adquire significativo relevo no ordenamento jurídico instalado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente diante dos diversos mecanismos nele existentes para garantir a supremacia e a eficácia do Texto Constitucional, inclusive mediante o controle de constitucionalidade das normas³.

Já de início, pode-se citar o inciso I de seu artigo 23, que inclui a guarda da Constituição na competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, e seu artigo 102, que afirma que “[c]ompete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a

³ Não se chega, no entanto, à explicitude da disposição contida no artigo 266 do projeto de Constituição de 1823, que estabelecia: “Todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor”. Tampouco se encontra previsão expressa de que a inconstitucionalidade autoriza o recurso aos remédios constitucionais, como havia na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, cujo artigo 179, em seu inciso XXX, estabelecia o direito de todo o cidadão “apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores”, ou na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, cujo artigo 113, em seu item 33, previa expressamente que se daria “mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional”.

guarda da Constituição”⁴.

Há também disposições que visam a assegurar o cumprimento da Constituição pelo Poder Executivo, como as previsões contidas em seu artigo 78, de que o Presidente da República, ao ser empossado, deve prestar o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição⁵, e, em seu artigo 85, de que constituem crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição⁶.

⁴ A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, no inciso IX de seu artigo 15, atribuía a guarda da Constituição à Assembléia Geral, a quem atribuía também, no inciso VIII deste mesmo artigo 15, a competência para fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las (percebe-se aqui a influência de doutrinas européias — em especial a da supremacia do parlamento, proveniente da Inglaterra, e a de que a lei constituía manifestação da vontade geral, interpretada pelo Poder Legislativo — na Constituição outorgada; constata-se, outrossim, a rigidez da separação dos Poderes e a conseqüente impossibilidade de um Poder ingerir na atividade de outro, de modo que apenas ao próprio Poder Legislativo, que edita as leis, é dado interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las); atribuindo, em seu artigo 98, ao Poder Moderador, a função de velar pela “manutenção da independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos”. O Decreto n° 510, de 22 de junho de 1890, que publicou provisoriamente a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em seu artigo 33, item 36, atribuía a guarda da Constituição privativamente ao Congresso Nacional. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, no parágrafo 1° de seu artigo 35, manteve a atribuição da guarda da Constituição ao Congresso Nacional, mas essa competência deixou de ser privativa, passando-se admitir, por conseguinte, que também os demais Poderes a exercessem. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, no inciso I de seu artigo 10, atribuiu, concorrentemente, à União e aos Estados, a guarda da Constituição, atribuindo, ainda, em seu artigo 88, ao Senado Federal, a incumbência de “velar pela Constituição”.

⁵ Na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, o artigo 103 previa que o Imperador, antes de ser aclamado, deveria jurar observar e fazer observar a Constituição e as leis do Império, e, no artigo 106, que o herdeiro presuntivo do trono, ao completar 14 anos, deveria jurar observar a Constituição e ser obediente às leis. No Decreto n° 510, de 22 de junho de 1890, que publicou provisoriamente a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, previa-se, no artigo 41, que o Presidente da República, ao ser empossado, deveria prometer “manter e cumprir com perfeita lealdade a Constituição Federal”. Idêntica disposição estava contida no artigo 44 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, previa, em seu artigo 53, que o Presidente da República, ao ser empossado, deveria prometer “manter e cumprir com lealdade a Constituição Federal”. Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, previa-se, no parágrafo único do artigo 83, que o Presidente, ao tomar posse, deveria prometer manter, defender e cumprir a Constituição da República. Por fim, o parágrafo 1° do artigo 78 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, estabelecia que o Presidente da República, ao tomar posse, deveria prometer “manter, defender e cumprir a Constituição”.

⁶ Na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, não se cogitava de crimes de responsabilidade do Imperador. O Decreto n° 510, de 22 de junho de 1890, que publicou provisoriamente a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, contudo, afirmava, no item 2° de seu artigo 53, que constituíam crimes de responsabilidade os que atentassem contra a Constituição. Os demais textos constitucionais alteraram levemente essa redação, passando a prever que constituíam crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentassem contra a Constituição (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, artigo 54, parágrafo 2°; Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, artigo 57, alínea “b”; Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, artigo 85, alínea “b”; Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, artigo 89; Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, artigo 84).

Por outro lado, o Presidente da República é chamado a exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo, quando, nos termos do parágrafo 1º de seu artigo 66, estabelece-se sua competência para vetar o projeto de lei que julgue inconstitucional⁷.

No que tange ao controle jurisdicional de constitucionalidade, deve-se mencionar inicialmente a representação interventiva, exigida naqueles casos em que a intervenção da União nos Estados vise a assegurar a observância dos “princípios sensíveis”⁸, quando sua decretação depende, no termos do inciso III de seu artigo 36, do

⁷ Não havia, na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, disposição análoga (de acordo com o artigo 64 deste Texto Constitucional, o projeto de lei seria submetido ao Imperador, que poderia recusar-se a prestar seu consentimento, afirmando que queria “meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver”), mas em todas as Constituições da República, houve a previsão de que o Presidente da República poderia vetar projeto de lei que julgasse inconstitucional (Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, artigo 36, parágrafo 1º; Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, artigo 37, parágrafo 1º; Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, artigo 45; Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, artigo 66, parágrafo 1º; Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, artigo 70, parágrafo 1º; Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, artigo 62, parágrafo 1º).

⁸ Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a representação interventiva, os denominados “princípios sensíveis”, arrolados nas alíneas “a” a “h” do inciso I de seu artigo 7º, eram: forma republicana representativa; independência e coordenação de poderes; temporariedade das funções eletivas e proibição da reeleição para o período imediato; autonomia dos Municípios; garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; prestação de contas da Administração; possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; e representação das profissões. Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, não havia previsão de representação interventiva para assegurar a observância de princípios sensíveis. Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, os “princípios sensíveis”, agrupados nas alíneas “a” a “g” do inciso VII de seu artigo 7º, eram: forma republicana representativa; independência e harmonia dos Poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da Administração; e garantias do Poder Judiciário. Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, os “princípios sensíveis”, listados nas alíneas “a” a “g” do inciso VII de seu artigo 10, eram: forma republicana representativa; temporariedade dos mandatos eletivos, limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes; proibição de reeleição de Governadores e de Prefeitos para o período imediato; independência e harmonia dos Poderes; garantias do Poder Judiciário; autonomia municipal; prestação de contas da Administração; a Emenda Constitucional nº 01/1969 excluiu dos princípios sensíveis a vedação da reeleição de Governadores e Prefeitos e incluindo entre eles a “proibição ao deputado estadual da prática de ato ou do exercício de cargo, função ou emprego [...] salvo a função de secretário de Estado” (alínea “g” do inciso VII do artigo 10 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967). Na redação original da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os “princípios sensíveis” eram os seguintes: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 34, inc. VII, “a” a “e”). A Emenda Constitucional nº 29/2000 introduziu entre os “princípios sensíveis” a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a

“provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República”⁹. Destaque-se, ainda, a previsão contida no parágrafo 3º de seu artigo 36, no sentido de que o decreto de intervenção “limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade”¹⁰.

Em termos de controle de constitucionalidade por via de ação, *in abstracto*, deve-se mencionar, inicialmente, que a alínea “a” do inciso I de seu artigo 102 atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual¹¹, ao

proveniente de transferências, nas ações e serviços públicos de saúde.

⁹ A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, no inciso V de seu artigo 12, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a representação interventiva (espécie de fiscalização de inconstitucionalidade que, embora realizada em sede de ação direta, não constituía modalidade de controle abstrato, prestando-se a solucionar conflitos federativos), admitindo a intervenção da União nos negócios peculiares dos Estados para assegurar a observância dos princípios constitucionais ditos sensíveis, mas exigindo, no parágrafo 2º desse mesmo artigo 12, que a intervenção fosse submetida à prévia aferição jurisdicional, na medida em que só poderia ser efetuada “depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade” (note-se que a lei submetida a exame da Corte Suprema era a lei que decretava a intervenção). Sob a égide da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, deixou de existir a representação interventiva, uma vez que a decretação da intervenção nos Estados cabia ao Presidente da República e à Câmara dos Deputados, não dependendo de prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, no parágrafo único de seu artigo 8º, reintroduziu a representação interventiva, determinando que a intervenção do Governo Federal nos Estados, para assegurar os princípios sensíveis, dependia, para sua decretação, de que o ato argüido de inconstitucionalidade fosse submetido ao exame do Supremo Tribunal Federal e de que este declarasse sua inconstitucionalidade (note-se que, aqui, diferentemente do que ocorrida na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, é não mais a lei que decreta a intervenção que deve ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, mas o próprio ato argüido inconstitucional, passando a existir, então, um exame da compatibilidade do direito estadual com os princípios ditos sensíveis). A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, manteve a representação interventiva, dispondo, na alínea “c” do parágrafo 1º de seu artigo 11, que a intervenção da União nos Estados, para assegurar os princípios sensíveis, dependia do “provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República”.

¹⁰ A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, em seu artigo 13, introduziu a possibilidade de o Congresso Nacional se limitar a suspender a execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida bastasse para o restabelecimento da normalidade no Estado. No mesmo sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, no parágrafo 2º de seu artigo 11, previa que o decreto de intervenção limitar-se-ia a “suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia”.

¹¹ O controle concentrado de constitucionalidade, *in abstracto* e por via de ação, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que incluiu a alínea “k” no inciso I do artigo 101 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, estabelecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual”; a legitimidade para o ajuizamento da Representação cabia apenas ao Procurador-Geral da República. Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, manteve-se, na alínea “l” do

passo que a alínea “p” do inciso I deste mesmo artigo 102 atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”¹².

A legitimidade para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade fora inicialmente atribuída ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos da redação original de seu artigo 103. Posteriormente, a Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004, estendeu esta legitimidade à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal.

É prevista, ainda, no parágrafo 1° de seu artigo 102, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente da Constituição, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

inciso I de seu artigo 114, a competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar originalmente “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. A Emenda Constitucional n° 7, de 13 de abril de 1977, introduziu, ao lado da representação por inconstitucionalidade, a representação para “interpretação”, a ser ajuizada pelo Procurador-Geral da República, nos termos da alínea “i” do inciso I do artigo 119 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

¹² A competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originalmente, o pedido de medida cautelar nas representações foi introduzida pela Emenda Constitucional n° 7, de 13 de abril de 1977, que incluiu a alínea “p” do inciso I do artigo 119 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, alterando a redação da alínea “a” do inciso I de seu artigo 102, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹³.

Inicialmente, a legitimidade para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade fora atribuída ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República, nos termos da redação do parágrafo 4º de seu artigo 103, incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, estendeu esta legitimidade à Mesa da Assembléia Legislativa, à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governador do Estado, ao Governador do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Deve-se destacar que, nos termos do parágrafo 2º de seu artigo 102, incluído pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”, observando-se que, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08

¹³ O papel hoje desempenhado pela Ação Declaratória de Constitucionalidade era, em alguns casos, desempenhado pela Representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, instituída pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, ou pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio de ajuizamento de Representações ou Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que se

de dezembro de 2004, essa eficácia *erga omnes* e este efeito vinculante foram estendidos às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade, determinando-se, ademais, que o efeito vinculante alcançaria a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em termos de controle de constitucionalidade por via de exceção, *in concreto*, todos os Juízes e Tribunais são competentes para examinar as inconstitucionalidades que sejam alegadas pelas partes nas vias processuais adequadas¹⁴, com a ressalva contida em seu artigo 97, de que apenas pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, podem os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público¹⁵.

propunha para que, julgadas improcedentes, fosse reconhecida a constitucionalidade da legislação questionada.

¹⁴ A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em seu artigo 152, previa que aos Juízes, enquanto integrantes do Poder Judiciário, era dado “aplicar a Lei”. O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que publicou provisoriamente a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, estabelecia, em seu artigo 59, a competência dos Juízes Federais para o julgamento das causas que envolvessem a Constituição. Na esteira do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, foi publicado o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, reiterando que o controle de constitucionalidade se daria por via de exceção, ao afirmar, em seu artigo 3º, que “[n]a guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte”; este mesmo Decreto evidenciava a influência da doutrina norte-americana que passou a marcar o controle de constitucionalidade no Brasil, ao prever, em seu artigo 386, que “[o]s estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, nas alíneas “a” e “b” de seu artigo 60, atribuía, aos Juízes ou Tribunais Federais, a competência para processar e julgar “as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal” e “todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição”, respectivamente. A Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a “Organização da Justiça Federal da República”, previa expressamente, no parágrafo 10 de seu artigo 13, que os Juízes e Tribunais Federais “apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, em seu artigo 81, atribuía aos Juízes federais a competência para processar e julgar “os pleitos em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa, direta e exclusivamente em dispositivo da Constituição”.

¹⁵ Coube à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, em seu artigo 179, introduzir a previsão de que “[s]ó por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, em seu artigo 96, previa que apenas pela maioria

Além disso, as alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III de seu artigo 102 atribuem ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “contrariar dispositivo desta Constituição”, “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” ou “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”, respectivamente¹⁶. A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de

de votos da totalidade de seus Juízes os Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, por sua vez, previa, em seu artigo 200, que apenas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, os Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público. Idêntica disposição estava contida no artigo 111 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.

¹⁶ A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em seu artigo 164, atribuía ao Supremo Tribunal de Justiça, órgão máximo do Poder Judiciário, a competência para “conceder ou denegar Revisões nas Causas”, conhecer dos “delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias” e conhecer e decidir sobre os “conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes”; o contexto, cabendo aos Juízes apenas aplicar as leis, com a guarda da Constituição e a interpretação das leis atribuída à Assembléa Geral, e a fiscalização dos Poderes — e, conseqüentemente, dos atos do Poder Legislativo — atribuída ao Poder Moderador, e, talvez, a timidez do Supremo Tribunal de Justiça, impediram o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade durante o Império. O controle jurisdicional de constitucionalidade, por via de exceção, in concreto e difuso, só foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que publicou provisoriamente a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, criando, em seu artigo 55, o Supremo Tribunal Federal e lhe atribuindo, na alínea “b” do inciso III de seu artigo 78, a competência para rever os processos findos, “quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição (...) e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados”. Na esteira do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, foi publicado o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, estabelecendo, nas alíneas “b” e “c” do parágrafo único do inciso II de seu artigo 9º, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recurso contra as “sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados”, quando “a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição (...) e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto” e quando “a interpretação de um preceito constitucional (...) seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito”. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, previa, no parágrafo 1º de seu artigo 59, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o recurso contra as sentenças das Justiças dos Estados, quando se contestasse “a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição (...) e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”. A Emenda Constitucional nº 2, de 5 de setembro de 1926, trouxe pequenas alterações na redação das alíneas “a” e “b” do parágrafo 1º do artigo 60 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, prevendo que o recurso contra as sentenças das justiças dos Estados seria cabível “quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhe negar aplicação” e “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição (...) e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos estes actos ou as leis impugnadas”. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, estabelecia, nas alíneas “b” e “c” do inciso III de seu artigo 76, a competência da Corte Suprema para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância, “quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada” ou

dezembro de 2004, incluiu o parágrafo 3º em seu artigo 102, estabelecendo que, no recurso extraordinário, “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso [...], a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso”.

Prevê-se, ainda, no inciso X de seu artigo 52, a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”¹⁷.

“quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada”. Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, nas alíneas “b” e “c” do inciso III de seu artigo 101, previa a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância, “quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada” e “quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição (...) e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado”; o parágrafo único de seu artigo 96, no entanto, previa que, “[n]o 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”, atenuando o papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, uma vez que suas decisões não mais constituíam a última palavra acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade das normas. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III de seu artigo 101, previa a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, “quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição”, “quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada”, ou “quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição (...) e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato”. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, por fim, nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III de seu artigo 114, preservou a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida “contrariar dispositivo desta Constituição” “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” ou “julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição”.

¹⁷ A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, no inciso IV de seu artigo 91, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, atribuindo ao Procurador-Geral da República, em seu artigo 96, a função de, para esse fim, comunicar ao Senado Federal sempre que a Corte Suprema declarasse inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental. Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, não estava prevista a possibilidade de o Senado Federal suspender lei que houvesse sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, em seu artigo 64, reintroduziu a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (note-se que, aqui, menciona-se que a decisão definitiva deve haver sido proferida especificamente pelo Supremo Tribunal Federal e não mais, em geral, pelo

Por fim, no que tange à inconstitucionalidade por omissão, ela pode ser controlada tanto por meio dos procedimentos de controle de constitucionalidade por via de ação, como por meio dos procedimentos de controle de constitucionalidade por via de exceção.

Há também, no inciso LXXI de seu artigo 5º, a previsão do Mandado de Injunção, cabível nos casos em que as omissões inviabilizem “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Deve-se citar, ainda, agora em nível infra-constitucional, a Lei nº 9.868/99, que “[d]ispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, que, em seu artigo 27, permite ao Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”¹⁸.

Nessa miríade de mecanismos de garantia da Constituição, é justamente no controle jurisdicional de constitucionalidade, mecanismo destinado a assegurar a

“Poder Judiciário”, como era na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934). A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, no inciso IV de seu artigo 45, também previa a competência do Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

supremacia da constituição e sua rigidez, que a questão ligada à inconstitucionalidade da norma adquire especial relevo.

Isso porque é aí que se tem uma manifestação jurisdicional sobre a inconstitucionalidade da norma, suas conseqüências em relação à própria norma e, eventualmente, também acerca de seus efeitos sobre os atos e fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma. Além disso, a definição das conseqüências da inconstitucionalidade da norma atua na determinação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade (declaratória ou constitutiva; *ex nunc* ou *ex tunc*).

Ao buscar apresentar uma compreensão adequada da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, este estudo possui relevância do ponto de vista teórico, pois a definição das conseqüências da inconstitucionalidade da norma repousa sobre concepções fundantes de um ordenamento jurídico, como aquelas ligadas à unidade e coerência do ordenamento jurídico e à supremacia e rigidez da Constituição.

Do ponto de vista prático, é igualmente relevante, porque, dada a abrangência do conteúdo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o controle de constitucionalidade de normas constitui presença freqüente na prática judicial, possuindo, ademais importantes repercussões não apenas no Direito, mas também em diversos setores da sociedade.

O presente estudo torna-se ainda mais significativo porque a doutrina e a jurisprudência apresentam significativas divergências acerca das conseqüências da

¹⁸ Idêntica a redação do artigo 11 da Lei n° 9.882/99, que disciplina o processo e julgamento da Arguição

inconstitucionalidade da norma e não têm logrado alcançar respostas consistentes para a questão, na medida em que, sob o influxo de exigências de ordem prática, acabam introduzindo exceções, que nem sempre se revelam compatíveis com o ordenamento jurídico erigido sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A pesquisa desenvolvida é exploratória quanto a sua técnica e explicativa quanto a seu objetivo.

É exploratória, porque busca, no ordenamento jurídico, na doutrina e na jurisprudência, elementos que permitam compreender o problema da norma inconstitucional e do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas.

No que diz respeito à doutrina, o estudo abrange as obras que versam sobre a questão da constitucionalidade das normas e de seu controle jurisdicional no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

São examinadas também obras que analisaram o tema na vigência de Constituições anteriores, cujas conclusões são valiosas, na medida em que vários dos institutos do atual Texto Constitucional buscam sua origem em Constituições pretéritas, além de serem estas obras reiteradamente referidas pela doutrina brasileira atual. Evidentemente, a referência a obras escritas sob Constituições anteriores há que se dar *cum grano salis*, na medida em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui institutos que não existiam nesses outros Textos Constitucionais e mesmo

institutos que já existiam podem haver sofrido alterações em seu significado, em especial sob a ação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, é examinada a doutrina estrangeira, sobretudo aquela que trata do tema da inconstitucionalidade da norma em países como os Estados Unidos da América do Norte, Áustria, Itália, Alemanha, França, Portugal, e Espanha, já que esses ensinamentos são seguidamente referidos pela doutrina nacional — por vezes, sem o necessário exame de ultra-referibilidade. Na utilização de obras estrangeiras, tem-se a prudência de as referir apenas no que compatíveis com o ordenamento jurídico instalado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No que tange à jurisprudência, recorre-se às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Primeiro, porque o próprio Texto Constitucional lhe atribui, precipuamente, a guarda da Constituição. Segundo, porque é ele que detém a competência para processar e julgar, originariamente, os processos de controle de constitucionalidade por via de ação e *in abstracto*. Terceiro, porque compete a ele, em sede de recurso extraordinário, dar a última palavra no controle de constitucionalidade por via de exceção e *in concreto*.

Vale observar que, ao se estudar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, realiza-se o estudo de casos, com vistas a compreender não apenas o posicionamento neles adotado pelo Tribunal, mas também o procedimento empregado na tomada das decisões em sede de controle de constitucionalidade.

Na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando se trata do voto de um de seus Ministros, este é identificando, uma vez que, em virtude da sistemática de decisão do Supremo Tribunal Federal — em que o acordo entre os Ministros deve se dar apenas quanto ao *decisum*, independentemente dos fundamentos que conduziram a ele —, a posição dos Ministros em seus votos não necessariamente representa o entendimento de seus pares ou do Tribunal.

Prosseguindo, tem-se que a pesquisa é explicativa quanto a seu objetivo, pois busca dissecar, de forma tanto quanto possível exaustiva, os fenômenos jurídicos relativos à norma inconstitucional e à decisão de inconstitucionalidade, identificando os fatores que determinam ou contribuem para a inconstitucionalidade da norma e para a definição das conseqüências que desta inconstitucionalidade provêem. Busca-se explicar adequadamente o fenômeno da inconstitucionalidade da norma, a fim de definir como esta inconstitucionalidade se reflete na própria norma, na decisão de inconstitucionalidade, bem como nos atos e fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma inconstitucional.

Nesse ponto, é fundamental o aporte de conhecimentos ligados à Teoria Geral do Direito, ao Direito Constitucional e ao Direito Processual, oriundos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina nacional e estrangeira.

Para melhor responder-se ao objetivo deste trabalho, ele foi dividido em dois grandes capítulos. O primeiro capítulo traça o panorama atual da inconstitucionalidade da norma, apresentando os posicionamentos dominantes, bem como as perplexidades que de sua aplicação surgem e as exceções ou novas concepções apresentadas pela

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina. O segundo capítulo confronta as concepções expostas no primeiro capítulo com elementos estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro erigido sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 — nomeadamente a supremacia e a rigidez da Constituição e a coerência e unidade do ordenamento jurídico —, a fim de definir, quais são, neste ordenamento jurídico, as consequências da inconstitucionalidade da norma e a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, analisando os instrumentos de que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro para solucionar as dificuldades surgidas no exame dos casos levados perante o Poder Judiciário.

1 PANORAMA ATUAL ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

1.1 A inconstitucionalidade da norma

1.1.1 A noção de inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade verifica-se quando há discordância, confronto, conflito, incompatibilidade, contrariedade entre a norma e a Constituição¹⁹. Quando se verificar a desconformidade ou a falta de conformidade da norma em relação à Constituição²⁰. Quando ocorrer a violação, a infração, o descumprimento da Constituição pela norma²¹.

A inconstitucionalidade corresponde a um conceito de relação: a relação que se estabelece entre a Constituição e uma norma, que está ou não em conformidade com a Constituição, que é ou não compatível com ela, que cabe ou não em seu sentido²².

¹⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 219 e 274; MELLO, José Luiz Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição : as Côrtes Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 82; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t.2; p. 274; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 473; MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 79, n. 284, p. 101-119, out./dez. 1983. p. 101; NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73-4; SILVA, José Afonso da. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 60/61, p. 495-524, jan./jul, 1985. p. 503; THEODÓSIO, Walter. Da declaração de inconstitucionalidade da lei. *Justitia*, São Paulo, v. 44, n. 118, p. 97-125, set./out. 1982. p. 102.

²⁰ FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. *Controle de constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 15; RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62 -3; THEODÓSIO, op. cit., p. 102.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 346; BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 22, p.78-106, out./dez. 1972. p. 80; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 274-5; MONTEIRO, op. cit., p. 101.

²² MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 11; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 274; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 473.

Não se trata, no entanto, de uma relação de caráter meramente lógico ou intelectual, mas sim de uma relação de caráter normativo e valorativo, uma vez que não basta a adequação da norma em relação à Constituição, exigindo-se a conformidade daquela em relação a esta, que lhe é superior²³.

A inconstitucionalidade pode verificar-se por ação ou por omissão²⁴. A inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da prática de um ato jurídico-público que infringe a Constituição; a inconstitucionalidade por omissão é uma inconstitucionalidade negativa, que decorre da inércia ou do silêncio de algum órgão de Poder, que deixa de praticar um ato que é exigido pela Constituição²⁵. Pode-se afirmar, ainda, que, na inconstitucionalidade por ação, é a supremacia da Constituição que resta vulnerada, ao passo que, na inconstitucionalidade por omissão, atenta-se contra a força normativa do Texto Constitucional²⁶.

Além disso, a inconstitucionalidade pode ser formal ou material. A inconstitucionalidade formal é aquela que se verifica quando, no processo de formação ou produção da norma, é desrespeitado algum ditame do processo de elaboração legislativa prescrito na Constituição, seja no que diz respeito ao procedimento, seja no que diz respeito à competência da autoridade ou do órgão

²³ MENDES, Gilmar F. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 329; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 474; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 62 -3.

²⁴ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 274-5.

²⁵ Idem, p. 294; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 63.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, v. 25, p. 275-294, abr./jun. 2000. p. 275.

que edita a norma²⁷. A inconstitucionalidade material é aquela que se verifica quando o conteúdo da norma não está de acordo com o que determina a Constituição²⁸.

1.1.2 Inexistência de prévia determinação acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia de decisão de inconstitucionalidade

Do ponto de vista teórico, lógico-jurídico, não há uma prévia definição acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma, podendo a inconstitucionalidade da norma ser valorizada pelo ordenamento jurídico de diferentes modos e conduzir a diversas conseqüências²⁹.

A norma inconstitucional poderá ser inexistente, caso em que não produzirá efeitos desde sua origem, não poderá ser executada pelas autoridades publicas, não obrigará os cidadãos e todos poderão opor-se a ela e a sua execução, independentemente

²⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 21; BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 346; BASTOS, *Perfil constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 80; KELSEN, Hans. La Garantie Juridictionnelle de la Constitution. *Revue du Droit Public et de La Science Politique em France et a L'Étranger*, Paris, v. 35, n. 45, p.197-257, 1928. p. 206; MELLO, José Luiz Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*, p. 82; NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 74; SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p.503; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Do controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 28, p. 18-36, mar./abr. 1974. p. 19.

²⁸ ANDRADE FILHO, *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*, p. 21; BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 346; BASTOS, *Perfil constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 80; KELSEN, *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*, p. 206; MELLO, *Da separação de poderes à guarda da Constituição*, p. 82; NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 73-4; SILVA, *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p. 503; TEIXEIRA, *Do controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal*, p. 19.

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 919; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 15, 329; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da Lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 193, p. 13-32, jul./set. 1993. p. 15; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 516-7; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 86-7.

da declaração de sua inconstitucionalidade por determinado órgão³⁰.

A norma inconstitucional poderá ser nula. Nesse caso, ela também não produzirá qualquer efeito, desde sua origem³¹, e aqueles que a desobedecerem não poderão ser alvo de sanções³². Poderá ser necessário, contudo, que a nulidade seja declarada por algum órgão público designado para essa finalidade, não obstante a nulidade não dependa, para sua ocorrência, dessa declaração³³.

A norma inconstitucional poderá ser anulável, caso em que somente deixará de produzir efeitos a partir do momento em que sua inconstitucionalidade for reconhecida por um determinado órgão³⁴. A decisão de inconstitucionalidade possui, nesse caso, natureza constitutiva³⁵. Em se tratando de anulabilidade, pode-se admitir que o vício seja sanado³⁶.

A norma inconstitucional poderá ser irregular, caso em que sua aptidão para produzir efeitos não é prejudicada³⁷, embora da inconstitucionalidade possam decorrer outras conseqüências e inclusive sanções³⁸.

A definição da natureza da norma inconstitucional e de qual dessas conseqüências decorrerá da inconstitucionalidade é estabelecida em cada ordenamento

³⁰ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 315-6; Idem, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 519; PALU, op. cit., p. 85-6.

³¹ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 315-6; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 85-6.

³² MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 519.

³³ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 315-6; PALU, op. cit., p. 85-6.

³⁴ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 315-6; PALU, loc. cit.

³⁵ MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 519.

³⁶ Ibidem, p. 519.

³⁷ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 315-6; PALU, loc. cit.

³⁸ MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 519.

jurídico, a partir da definição do regime jurídico sancionatório da inconstitucionalidade por ele adotado³⁹.

Para ilustrar a multiplicidade e a diversidade das conseqüências que podem ser vinculadas à inconstitucionalidade da norma, pode-se percorrer alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

1.1.3 O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América do Norte

Nos Estados Unidos da América do Norte, a Constituição de 1787 não possui qualquer dispositivo referente ao controle de constitucionalidade das leis.

Isso não impediu, contudo, que se estabelecesse, doutrinária e jurisprudencialmente, o *Judicial Review*, ou seja, o controle da constitucionalidade dos atos legislativos pelo Poder Judiciário.

Segundo alguns autores, este controle haveria sido construído a partir das disposições contidas na Seção 2 do Artigo III da Constituição, que estabelece que o Poder Judiciário estende-se a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem da Constituição ou das leis dos Estados Unidos⁴⁰. Outros autores preferem encontrar o fundamento do controle de constitucionalidade na Cláusula 2ª do Artigo VI da Constituição, conhecida como *Supremacy Clause*, que prevê que a Constituição e as leis dos Estados Unidos constituem a suprema lei do País e que os Juízes de todos os

³⁹ MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 15; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 86, 245.

Estados ficam sujeitos a ela, não devendo sobre ela prevalecer qualquer dos Estados ou das suas leis⁴¹.

O *Judicial Review* é exercido sempre na via incidental; a norma contrária à Constituição é tida por nula⁴², ineficaz⁴³; e a sentença de inconstitucionalidade é considerada meramente declaratória⁴⁴, atribuindo-se-lhe eficácia *ex tunc*⁴⁵.

As bases do *Judicial Review* já haviam sido expostas por ALEXANDER HAMILTON, que afirmou competir aos Tribunais interpretar as leis — aí incluída a Constituição, tida como uma lei fundamental — e, caso constatassem existir um conflito entre o conteúdo da Constituição e o conteúdo de alguma lei ordinária, dar preferência à Constituição, que possui “fôrça obrigatória e validez superiores”, preferindo “a intenção do povo à intenção de seus mandatários” e declarando nulos “todos os atos contrários ao

⁴⁰ BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003. p. 52; FERREIRA, Pinto. Princípio da Supremacia da Constituição e Controle da Constitucionalidade das Leis. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 4, n. 17, p. 17-32, jul./set. 1971, p. 22.

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamento sobre o controle da constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34, p. 27-44, dez. 1990. p. 28-9.

⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei nº 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na fiscalização de normas de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, p. 113-123, ago. 2000. p. 114; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984. p. 115-6; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 194; FERRAZ, Apontamento sobre o controle da constitucionalidade, p. 29; GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 170, p. 18-40out./dez. 1987. p. 19, 25; LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 183-207, abr./jun. 1999. p. 184; MELLO, *Da separação de poderes à guarda da Constituição*, p. 107; SARMENTO, Daniel. A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 112; SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das normas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, p. 150-67, ago. 2002. p. 153; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 50-1.

⁴³ CAPPELLETTI, loc. cit.; FERRARI, loc. cit.; FERRAZ, op. cit., p. 29; GALLOTTI, op. cit., p. 25; LIMA, loc. cit.; MELLO, loc. cit.

⁴⁴ BUSTAMANTE, loc. cit.; CAPPELLETTI, op. cit., p. 115-7; FERRARI, loc. cit.; FERRAZ, op. cit., p. 29; LIMA, loc. cit.; MELLO, loc. cit.

sentido evidente da Constituição”⁴⁶.

A magistratura norte-americana também já vinha assentando as bases do *Judicial Review*, como demonstra a manifestação do *Chancellor* GEORGE WYTHE, no caso *Commonwealth versus Caton*, ainda em 1782:

Ainda quando a legislatura inteira tente saltar os limites, que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública do país, concentrarei a autoridade investida nesta cadeira, e, apontando a Constituição, direi aos legisladores: “Aqui estão os confins de vosso poder: daqui não passareis”⁴⁷.

A formulação definitiva do *Judicial Review*, no entanto, deu-se no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, primeiro caso em que a Suprema Corte afirmou que os Tribunais federais tinham o poder de recusar a aplicação de atos legislativos que não estivessem de acordo com sua interpretação da Constituição⁴⁸.

Neste julgamento, o *Chief Justice* JOHN MARSHALL assim sintetizou o dilema que se colocava diante da Corte: a) é incontestável que ou a Constituição sobrepõe-se a qualquer ato legislativo que a contrarie, ou o Poder Legislativo pode alterar a Constituição por meio de lei ordinária; b) é função do Poder Judiciário dizer o Direito, e, ao aplicar o Direito ao caso concreto, interpretar as leis; c) quando duas leis conflitam, deve o Poder Judiciário decidir qual delas deve ser aplicada; d) se uma lei for contrária à Constituição e se esta lei e a Constituição são aplicáveis a um mesmo caso, o

⁴⁵ BUSTAMANTE, loc. cit.; CAPPELLETTI, op.cit., p. 117; FERRARI, loc. cit.,; FERRAZ, op.cit., p. 29; GALLOTTI, op. cit., p. 25; SARMENTO, loc. cit.; SILVA, loc. cit.; ZAVASCKI, loc. cit.

⁴⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista: um comentário à Constituição americana*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959. p. 313-4.

⁴⁷ BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p. 47-8.

⁴⁸ BLACK, Henry Campbell. *Handbook of American Constitutional Law*. 3. ed. Saint Paul: west Publishing Company, 1910. p. 59; RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito*

Tribunal vê-se na contingência de decidir o caso de acordo com a lei, desrespeitando a Constituição, ou de acordo com a Constituição, desrespeitando a lei⁴⁹.

O dilema foi solucionado a partir da assertiva de que todos aqueles que promulgam uma Constituição escrita vêem nela a lei fundamental e suprema da nação, de modo que um ato legislativo contrário à Constituição é nulo⁵⁰. Assim, se os Tribunais devem obedecer à Constituição e a Constituição é superior a qualquer ato legislativo ordinário, caso a Constituição e o ato legislativo ordinário estejam em conflito, é aquela, e não este, que deve prevalecer e ser aplicada⁵¹.

Esse mesmo entendimento foi reiterado no caso Norton *versus* Shelby County, em 1886, quando o *Associate Justice* STEPHEN FIELD declarou que uma lei inconstitucional não é uma lei; que não cria direitos nem impõe obrigações; que não oferece proteção; que, do ponto de vista jurídico, é como se não tivesse existido⁵².

Na mesma linha, HENRY BLACK assinala que, em um País governado por uma Constituição escrita, que possui autoridade superior à do poder de fazer leis e à qual toda a legislação ordinária está vinculada, uma lei inconstitucional é nula e de nenhum efeito, não sendo, de fato, lei⁵³. Também THOMAS COOLEY aponta que uma lei inconstitucional não é lei, que não estabelece regra alguma, que é apenas “uma fútil

Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 38; TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. v. 1, p. 207.

⁴⁹ ALSTYNE, William W. Van. A critical guide to Marbury v. Madison. *Duke Law Journal*, n. 18, p. 1-47, jan. 1969. p. 17-8; BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, p. 56; CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1989. p. 98; MARBURY v. MADISON, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em < <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> > Acesso em: 19 set. 2002; TRIBE, *American Constitutional Law*, p. 210.

⁵⁰ ALSTYNE, op. cit., p. 17; MARBURY, loc. cit.; TRIBE, loc. cit.

⁵¹ MARBURY, loc. cit.; TRIBE, loc. cit.

⁵² BLACK, op. cit., p. 75; NORTON v. SHELBY COUNTY, 118 U.S. 425 (1886). Disponível em < <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> > Acesso em: 19 set. 2002; TRIBE, op. cit., p. 214.

tentativa para estabelecer uma lei”⁵⁴.

Posteriormente, contudo, passou-se a admitir temperamentos à doutrina da retroatividade da decisão declaratória de inconstitucionalidade⁵⁵, adotando-se entendimento no sentido de que a natureza dos efeitos da decisão judicial não decorre diretamente da Constituição, sujeitando-se à livre valoração jurisdicional em cada caso⁵⁶.

Já no julgamento do caso *Chicot County Drainage District versus Baxter State Bank*, em 1940, em que se discutia o direito ao resgate de bônus emitidos pelo Condado com base em um ato normativo posteriormente considerado inconstitucional pela Corte Suprema, o *Chief Justice* CHARLES HUGHES sustentou que a concepção de que um ato normativo inconstitucional não é uma lei, de que é inoperante, de que não confere direitos e não impõe obrigações, deve ser vista com qualificações, uma vez que a existência de uma lei é um fato que produz efeitos e que pode ter conseqüências que não se pode ignorar⁵⁷. Afirmou, ainda, que o passado nem sempre pode ser apagado por uma nova decisão judicial⁵⁸.

Da mesma forma, no julgamento do caso *Linkletter versus Walker*, em 1965, em que se discutia a aplicação retroativa, na esfera penal, de uma decisão da Suprema

⁵³ BLACK, op. cit., p. 5.

⁵⁴ COOLEY, Thomas. *Princípios Geraes de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Porto Alegre: Livraria Universal, 1909. p. 23.

⁵⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 335, p. 17-44. jul./set. 1996. p. 26-7; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 28; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade ; p. 112;

⁵⁶ CASTRO, op. cit., 27; GALLOTTI, op. cit., p. 30.

⁵⁷ *CHICOT COUNTY DRAINAGE DIST. v. BAXTER STATE BANK*, 308 U.S. 371 (1940). Disponível em < <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>> Acesso em: 19 set. 2002.

⁵⁸ *Ibidem*.

Corte a respeito da obtenção de provas ilícitas, o *Associate Justice* TOM CLARK afirmou que a Constituição não proíbe nem impõe o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade, nada dispondo a esse respeito⁵⁹, sendo a definição relativa ao efeito a ser atribuído à decisão de inconstitucionalidade uma questão de *judicial policy*, a ser decidida pela Suprema Corte em cada caso.

Posteriormente, no julgamento do caso *Stovall versus Denno*, em 1967, em que se abordava questão semelhante, o *Associate Justice* WILLIAM BRENNAN sustentou que a retroatividade ou não-retroatividade da decisão de inconstitucionalidade não podem ser determinadas de forma automática e que sua determinação variará caso a caso, de acordo com critérios como a extensão da confiança que havia sido depositada na norma inconstitucional e os efeitos que decorreriam de uma aplicação retroativa da decisão da Corte Suprema⁶⁰.

Mais recentemente, contudo, a jurisprudência da Suprema Corte, em uma composição mais conservadora, sofreu nova inflexão e, em uma reação à denominada “doutrina prospectiva”, não mais admite com facilidade a prolação de decisões não retroativas em sede de controle de constitucionalidade, insistindo na tese ortodoxa da retroatividade plena das decisões por ela proferidas⁶¹.

⁵⁹ TRIBE, *American Constitutional Law*, p. 218; LINKLETTER v. WALKER, 381 U.S. 618 (1965). Disponível em < <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> > Acesso em: 19 set. 2002.

⁶⁰ STOVALL v. DENNO, 388 U.S. 293 (1967). Disponível em < <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> > Acesso em: 19 set. 2002.

⁶¹ SARMENTO, Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. p. 113-4.

1.1.4 O controle de constitucionalidade na Áustria

Na Áustria, o controle de constitucionalidade é objeto de disciplina expressa na Constituição de 1920, cujo artigo 140 demonstra claramente as marcas da doutrina de HANS KELSEN⁶².

Seja na via principal, seja na via incidental — introduzida na revisão constitucional de 1929⁶³ —, o controle de constitucionalidade é sempre concentrado, sendo exercido pela Corte Constitucional⁶⁴.

No modelo austríaco, a lei inconstitucional não é nula, mas anulável⁶⁵, tendo em vista que, de acordo com a concepção de HANS KELSEN, uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, podendo apenas ser anulável⁶⁶. Assim, a decisão da Corte Constitucional não declara a nulidade da norma inconstitucional, mas sim a anula, cassa⁶⁷.

Sendo a norma inconstitucional anulável, é possível fazê-la desaparecer

⁶² CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, p. 115; FERRAZ, Apontamento sobre o controle da constitucionalidade, p. 30; SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das normas tributárias, p. 152.

⁶³ GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 28.

⁶⁴ SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade; p. 107.

⁶⁵ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*; p. 195; SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 98.

⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000. p. 6; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 306-7.

⁶⁷ ALMEIDA MELO, Carlos Antônio de. Algumas questões objetivas sobre ação direta de inconstitucionalidade. *Revista Informativa Legislativa*, Brasília, v. 36, p. 111-120, abr./jun. 1999. p. 115-6; CAPPELLETTI, op. cit., p. 116; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 23; ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Controle de Constitucionalidade na Europa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 5-9, out./dez. 1987. p. 6; GALLOTTI, op. cit., p. 21; KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-6; LIMA, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, p. 184; SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 98.

juntamente com suas conseqüências jurídicas⁶⁸, mas essa anulação poderá ser graduada, seja quanto a sua intensidade, seja quanto a seus efeitos no tempo⁶⁹. Entre os diferentes graus da anulabilidade, a nulidade é o grau mais alto, cuja peculiaridade está em atingir os efeitos dos atos ocorridos no passado⁷⁰.

De acordo com o grau de anulabilidade associado à inconstitucionalidade da norma, determina-se se a norma será anulada com efeitos para o futuro, permanecendo intocados os efeitos por ela já produzidos (como via de regra acontece), ou se ela será anulada com efeito retroativo, de forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos (caso da nulidade)⁷¹.

Mais: até que se decrete sua inconstitucionalidade, a norma, posto que inconstitucional, é válida, eficaz e obrigatória⁷². Mesmo quando se verifica a declaração de nulidade, ou seja, a anulação com efeito retroativo, a norma é considerada válida até esta declaração, sendo seus efeitos posteriormente destruídos de forma retroativa⁷³.

⁶⁸ KELSEN, La Garantie Juridictionnelle de la Constitution, p. 216-8.

⁶⁹ BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, p. 115; FERREIRA FILHO, O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade, p. 6; KELSEN, La Garantie Juridictionnelle de la Constitution, p. 216-8; KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 306-7.

⁷⁰ BUSTAMANTE, loc. cit.; KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1981. p. 165; KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 308.

⁷¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 306-7; FERREIRA FILHO, loc. cit.

⁷² ALMEIDA MELO, Algumas questões objetivas sobre ação direta de inconstitucionalidade, p. 115-6; BUSTAMANTE, op. cit., p. 117; CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, p. 116; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 195; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 21, 24; SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das normas tributárias, 153; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade*, p. 98.

⁷³ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 308.

Em atenção ao ideal de segurança jurídica, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são, em regra, *ex nunc* ou *pro futuro*⁷⁴, determinando o artigo 140.5 que a decisão de inconstitucionalidade entra em vigor no dia de sua publicação. O rigor teórico da doutrina da eficácia *ex nunc*, no entanto, foi atenuado, diante da constatação de que, em certas circunstâncias, torna-se necessária uma anulação retroativa⁷⁵.

Como as normas inconstitucionais não são nulas *ab initio*, havendo sido válidas até sua anulação, valendo na medida e pelo tempo em que não foram anuladas⁷⁶, o artigo 140.7 determina que, se a Corte Constitucional não decidir diferentemente, todas as situações de fato que se consumaram até a data da publicação da decisão de inconstitucionalidade serão disciplinadas pela norma inconstitucional⁷⁷.

Tendo em vista o ideal de segurança jurídica, vislumbra-se mesmo a possibilidade de a anulação entrar em vigor apenas depois de um certo tempo⁷⁸, nos termos do permissivo contido no artigo 140.5, que admite que a Corte Constitucional fixe um prazo para que a anulação entre em vigor, prazo este que não poderá superar

⁷⁴ ALMEIDA MELO, Algumas questões objetivas sobre ação direta de inconstitucionalidade, p. 115-6; BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, p. 117; CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, p. 117; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 25; KELSEN, *Jurisdição Constitucional*, p. 304-6; KELSEN, La Garantie Juridictionnelle de la Constitution, p. 218-9; KELSEN, La giustizia costituzionale, p. 167; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 107; SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das normas tributárias, p. 153; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade*, p. 98.

⁷⁵ GALLOTTI, op. cit., p. 28; KELSEN, La Garantie Juridictionnelle de la Constitution, p. 218-9.

⁷⁶ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 303-7 passim.

⁷⁷ SILVEIRA, José Neri. A dimensão Política do Judiciário. *Arquivos do Ministério da Justiça, nova fase*, Brasília, v. 41, n. 173, p. 49-66. jul./set. 1988. p. 55-6.

⁷⁸ KELSEN, La Garantie Juridictionnelle de la Constitution, p. 218-9.

um ano⁷⁹. Este prazo possibilita que o Poder Legislativo substitua a norma inconstitucional por uma nova que seja constitucional, antes que a anulação se torne efetiva, a fim de evitar o vácuo legislativo⁸⁰. Nessa hipótese, o artigo 140.7 determina que, excetuado o caso em que tenha se dado a decisão de inconstitucionalidade na via incidental, se a Corte Constitucional não decidir diferentemente, a norma inconstitucional será aplicada a todas as situações de fato que se consumaram até a data em que a anulação entrar em vigor⁸¹.

Observa-se que, de acordo com o artigo 140.7, o caso em que haja sido proferida a decisão de inconstitucionalidade na via incidental é sempre excetuado da eficácia *ex nunc* e *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade. Trata-se de hipótese em que o sistema de controle de constitucionalidade austríaco admite a retroatividade dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade para as partes no processo⁸². Para terceiros, no entanto, a eficácia continua sendo *ex nunc* ou *pro futuro*⁸³.

O artigo 140.6, por sua vez, prevê que as normas revogadas ou derogadas pela norma cuja inconstitucionalidade haja sido decretada tornam-se efetivas novamente no

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 302; CAPPELLETTI, op cit., p. 116; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 258; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob a sua égide. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 17, p. 78-104, 1997. p. 89; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 25; KELSEN, *Jurisdição Constitucional*, p. 304-6; LIMA, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, p. 184; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 107; SILVEIRA, A dimensão Política do Judiciário, p. 55-6

⁸⁰ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 302; GALLOTTI, op. cit., p. 25; KELSEN, loc. cit.

⁸¹ SILVEIRA, loc. cit.

⁸² GALLOTTI, op. cit. p. 28; KELSEN, *La giustizia costituzionale*, p. 195.

⁸³ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 134-5; SARMENTO, loc. cit.

dia em que a decisão de inconstitucionalidade entrar em vigor, a não ser que a Corte Constitucional decida diferentemente⁸⁴⁸⁵.

Por fim, tem-se que a eficácia da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva⁸⁶, uma vez que, por este ato, a validade da norma é anulada⁸⁷. Mais: mesmo naqueles casos em que a decisão de inconstitucionalidade possa produzir efeitos retrooperantes, seu caráter não deixará de ser constitutivo⁸⁸.

1.1.5 O controle de constitucionalidade na Itália

Na Itália, o controle de constitucionalidade está disciplinado nos artigos 134 e seguintes da Constituição da República Italiana de 1947.

⁸⁴ KELSEN, *Jurisdição Constitucional*; p. 319; SILVEIRA, loc. cit.

⁸⁵ Nota-se que o artigo 140.5 e 140.6 correspondem a providências sugeridas por HANS KELSEN para evitar o vazio jurídico que surgiria da circunstância de que a anulação da norma inconstitucional não restabelece as normas jurídicas por ela derogadas. Considerava o autor que, para evitar este vazio, seria aconselhável prever a possibilidade de o Tribunal Constitucional diferir a entrada em vigor da decisão de anulação até um certo período depois de sua publicação (a fim de que nesse período fosse editada a norma que deveria substituir a norma inconstitucional) ou autorizar o Tribunal Constitucional a determinar, na decisão de inconstitucionalidade, que a entrada em vigor da decisão restabelece as normas derogadas pela lei inconstitucional, afirmando, ainda, que se deveria deixar a cargo do Tribunal Constitucional a determinação dos casos em que ele faria uso deste poder de restabelecer o direito anterior à norma anulada e que não seria desejável que a Constituição fizesse desse reaparecimento uma regra geral para os casos de anulação de leis (KELSEN, *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*, p. 242-4).

⁸⁶ Observe-se que, para HANS KELSEN, a decisão judicial não possui um simples caráter declaratório, não se limita a simplesmente descobrir e declarar um direito já previamente firme e acabado, cuja produção já foi concluída, mas, pelo contrário, é sempre constitutiva, na medida em que possui função normativa, dando continuidade ao processo de criação jurídica, que só é concluído com a edição da norma jurídica individual pelo órgão jurisdicional, norma jurídica individual esta que só é criada pela decisão judicial e que antes dela não existia (KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 264-5).

⁸⁷ ALMEIDA MELO, Algumas questões objetivas sobre ação direta de inconstitucionalidade, p. 115-6; BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, p. 114-5; CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, p. 117; ENTERRÍA, Controle de Constitucionalidade na Europa, p. 6; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 25; KELSEN, *La giustizia costituzionale*, p. 165; KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 306-7; LIMA, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, p. 184; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade*, p. 98.

De acordo com o artigo 134 da Constituição, cabe à Corte Constitucional julgar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei⁸⁹.

O controle de constitucionalidade é exercido em via principal e em via incidental⁹⁰.

O artigo 136 determina que, quando a Corte Constitucional declara a ilegitimidade constitucional de uma norma ou de ato com força de lei, a norma deixa de ter eficácia a partir do dia sucessivo ao da publicação da decisão.

A despeito da redação do artigo 136 da Constituição, a doutrina e a jurisprudência dominantes entendem que a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia *ex tunc*, retroativa⁹¹.

A retroatividade encontra limites nos efeitos da norma inconstitucional já consumados e consolidados antes da decisão, assim como na coisa julgada, na prescrição e na decadência⁹².

Entende-se, ainda, que a norma inconstitucional é nula e *ipso jure* ineficaz,

⁸⁸ BUSTAMANTE, op. cit., p. 115.

⁸⁹ CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1984. t. 2, p. 262.

⁹⁰ CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 263; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 26.

⁹¹ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, p. 119; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 130; CRISAFULLI, op cit., p. 384; ESPOSITO, Carlo. Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia. *Rivista do Diritto Processuale*, Padova, v. 5, parte 1, p. 291-308, 1950. p. 296-7; GALLOTTI, op. cit., p. 25-6; PIZZORUSSO, Alessandro. Gli effetti delle decisioni delle Corti costituzionali nei giudizi ordinari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, Milano, v. 1, n. 4, p. 90-924, 1947. p. 917-8; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 50-1.

⁹² SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 111; ZAVASCKI, loc. cit..

antes mesmo que sua inconstitucionalidade seja declarada pela Corte Constitucional⁹³.

A decisão em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma norma possui eficácia *erga omnes* e possui efeito de coisa julgada a partir do dia seguinte à publicação⁹⁴.

O Regimento Interno da Corte Constitucional permite que ela, diante das circunstâncias do caso e em prol da segurança das relações jurídicas, estabeleça detalhamentos acerca da operância concreta do julgado⁹⁵.

Além disso, a Corte Constitucional, por vezes, utiliza-se do expediente de retardar a publicação da decisão de inconstitucionalidade, a fim de permitir que o legislador crie nova disciplina jurídica sobre a matéria, para evitar vácuos normativos⁹⁶.

Por fim, a Corte Constitucional também profere as denominadas *decisione manipolative*, que constituem decisões de inconstitucionalidade com efeito aditivo ou substitutivo, por meio do qual a Corte amplia o âmbito normativo da norma, declarando inconstitucional a disposição na parte em que não prevê determinadas situações que

⁹³ CAPPELLETTI, loc. cit.; COÊLHO, loc. cit.; GALLOTTI loc. cit.; SARMENTO, loc. cit.; ZAVASCKI, loc. cit.

⁹⁴ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito*, p. 119; FALCÃO, Djaci. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 201-8, jan./mar. 1989, p. 204; FERREIRA, A Jurisdição Constitucional, p. 204.

⁹⁵ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 36; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 79.

⁹⁶ CLÈVE, Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob a sua égide, p. 89; Idem. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 259; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 111.

deveria prever (decisão aditiva) ou declara inconstitucional a norma na parte ou nos limites em que contém uma prescrição em vez de outra (decisão substitutiva)⁹⁷.

⁹⁷ CLÈVE, op. cit. p. 259-60; CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p. 403-6.

1.1.6 O controle de constitucionalidade na Alemanha

Na Alemanha, o controle de constitucionalidade está regulado na Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, e na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal.

No sistema alemão, o controle de constitucionalidade é sempre concentrado, sendo exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pela via abstrata ou pela via concreta⁹⁸. A regra geral é a da retroatividade ou eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade⁹⁹. Além disso, a decisão possui eficácia *erga omnes*¹⁰⁰. A norma inconstitucional é considerada nula *ab initio*, padecendo de nulidade absoluta e ineficácia *ipso jure*, antes mesmo que sua inconstitucionalidade seja declarada¹⁰¹. Observa-se que a nulidade da norma constitucional não está expressamente prevista no Texto Constitucional, sendo deduzida a partir da supremacia da Constituição, atribuindo-se-lhe *status* constitucional¹⁰².

Desde sua criação, no entanto, o Tribunal Constitucional Federal vem desenvolvendo várias técnicas de decisão de controle de constitucionalidade, não se

⁹⁸ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 32-3; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 70-1; FERREIRA, Pinto. A Jurisdição Constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 200; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 25-6; MENDES, Controle de constitucionalidade na Alemanha, p. 14.

⁹⁹ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, p. 119; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 32-3; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 70-1; COELHO, *O controle da constitucionalidade e do poder de tributar na Constituição de 1988*, p. 130; GALLOTTI, loc. cit.; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 109; ZAVASCKI, Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 50-1.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, loc. cit.; SARMENTO, loc. cit.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, loc. cit.; COELHO, loc. cit.; GALLOTTI, op. cit., p. 26; MENDES, loc. cit.; ZAVASCKI, loc. cit.

¹⁰² SARMENTO, loc. cit.; MENDES, op. cit., p. 15.

limitando à simples declaração de inconstitucionalidade acompanhada da nulidade *ab initio* da norma inconstitucional.

Uma destas técnicas é a interpretação conforme a Constituição, uma saída hermenêutica, em que não se declara a inconstitucionalidade da norma, afastando-se apenas a interpretação que conduziria a esta inconstitucionalidade e se fixando a interpretação que deve ser adotada para a norma, a fim de assegurar sua compatibilidade com a Constituição¹⁰³.

Além disso, diante de graves questões surgidas no plano concreto, dos eventuais inconvenientes de uma decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado, a que se atribuiria, via de regra, eficácia *ex tunc* e *erga omnes*, e em virtude da assunção de uma posição positiva e protetiva em relação aos direitos fundamentais pela Corte, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu outras espécies de decisão de controle de constitucionalidade, que se caracterizam, especialmente, por uma atenuação na eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade e pela possibilidade de a Corte limitar sua eficácia retroativa¹⁰⁴.

Entre estas espécies de decisão está a “decisão de apelo ao legislador”.

¹⁰³ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 306; MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 464-5; MENDES, Gilmar Ferreira. Tribunal Constitucional Alemão - O apelo ao legislador - “Appellentscheidung” - na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 32-53, jul./set. 1991. p. 33, 35.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*: de acordo com a Emenda Constitucional n.42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 282-3; CLÈVE, Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob a sua égide, p. 89-90; CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 259; COELHO, *O controle da constitucionalidade e do poder de tributar na Constituição de 1988*, p. 130; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 28; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 50-1.

Nessa espécie de decisão, reconhece-se que a norma é ainda constitucional, mas, em razão de mudanças das relações fáticas ou jurídicas, encontra-se em processo de inconstitucionalização, processo este, contudo, que ainda não se concluiu¹⁰⁵.

Assim, o Tribunal Constitucional Federal não declara a inconstitucionalidade da norma, reconhecendo, ainda que temporariamente, sua validade e exortando o legislador a proceder às correções ou adequações necessárias para evitar que o processo de inconstitucionalização continue seu curso e a norma venha a se tornar inconstitucional. Eventualmente, o Tribunal pode fixar um prazo para essa ação do legislador¹⁰⁶.

A decisão de apelo ao legislador possui, então, um conteúdo preventivo, destinando-se a atuar antes que a norma se torne inconstitucional, a fim de evitar que essa inconstitucionalidade venha a se verificar¹⁰⁷. Em alguns casos, no entanto, o Tribunal Constitucional Federal recorre a decisões de apelo ao legislador para evitar conseqüências práticas danosas¹⁰⁸, em hipóteses nas quais, na verdade, a norma não está em processo de inconstitucionalização, mas já se tornou inconstitucional.

Anota-se, ainda, que a fundamentação da decisão de inconstitucionalidade na parte relativa ao processo de inconstitucionalização da norma não é coberta pela coisa

¹⁰⁵ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p.281; COÊLHO, *Sistema Constitucional Tributário*, p. 133; MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 464-5; Idem, *Tribunal Constitucional Alemão*, p. 33, 43; SARMENTO, *A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 110-1.

¹⁰⁶ ÁVILA, loc. cit.; COÊLHO, loc. cit.; MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 464-5; Idem, *Tribunal Constitucional Alemão*, p. 33; SARMENTO, loc. cit.

¹⁰⁷ COÊLHO, loc. cit.; MENDES, *Tribunal Constitucional Alemão*, p. 36; COÊLHO, loc. cit.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 43.

julgada e tampouco dotada de força de lei¹⁰⁹. O desenvolvimento do processo de inconstitucionalização da norma, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal, não é, por conseguinte, objeto de controle na decisão de apelo ao legislador, de modo que, após o decurso de determinado prazo, a inconstitucionalidade da norma pode voltar a ser suscitada¹¹⁰.

Outra espécie de decisão de inconstitucionalidade é a “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade”, que foi expressamente introduzida na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, na reforma de 1970.

Na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, mesmo reconhecendo a incompatibilidade entre a norma e a Constituição, o Tribunal Constitucional Federal declara sua inconstitucionalidade, mas não sua nulidade¹¹¹. Passa-se, então, a distinguir entre a incompatibilidade com a Constituição, caracterizada como uma inconstitucionalidade simples ou não qualificada, e a inconstitucionalidade com nulidade ou acrescida da nota da nulificação¹¹².

Na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, a decisão de inconstitucionalidade opera eficácia *ex nunc*, não atingido os fatos passados¹¹³.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 43.

¹¹⁰ MENDES, Tribunal Constitucional, p. 43.

¹¹¹ Idem, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 465; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 109.

¹¹² CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 32-3; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 70-1.

¹¹³ Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 32-3; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 70-1; MENDES, op cit., p. 35; MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Controle de constitucionalidade: uma abordagem jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 96.

Em princípio, a partir da decisão, fica suspensa a aplicação da lei inconstitucional, de modo que qualquer órgão estatal, aí incluídos os Tribunais e a Administração, está impedido de aplicá-la¹¹⁴.

Em casos excepcionais, contudo, admite-se que a norma inconstitucional seja aplicada mesmo depois da declaração de sua inconstitucionalidade, especialmente quando assim o exigem o princípio da segurança jurídica, a necessidade de se evitar o restabelecimento do direito derogado pela norma inconstitucional ou o risco de um vácuo jurídico, vale dizer, em hipóteses nas quais, suspensa a aplicação da norma inconstitucional, sobreviria, até que a nova norma fosse editada pelo legislador, uma situação que seria ainda mais distante da vontade constitucional do que a havida sob a égide da norma inconstitucional¹¹⁵. Os casos em que a norma inconstitucional deverá ser aplicada mesmo após a declaração de sua inconstitucionalidade não podem ser previamente definidos por meio de uma regra geral, devendo tal aplicação ser examinada em cada caso concreto¹¹⁶.

Deve-se anotar, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade obriga o legislador a editar uma nova norma para os casos futuros, de forma consentânea com a Constituição, suprimindo o estado de

¹¹⁴ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p.281; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 32-3; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 70-1; MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 55; Idem, *Tribunal Constitucional*, p. 35.

¹¹⁵ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p.281; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 307-8; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 32-3; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 70-1; MENDES, op. cit., p. 54, 56; MOTTA FILHO, *Controle de constitucionalidade*, p. 96; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 109-10.

¹¹⁶ MENDES, op. cit., p. 56.

inconstitucionalidade, seja pela colmatação da eventual lacuna, seja pela supressão da disposição inconstitucional¹¹⁷.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal nos casos de exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, de omissões inconstitucionais parciais e naqueles casos em que a supressão da norma inconstitucional geraria uma situação de caos normativo¹¹⁸.

Na exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, a declaração de nulidade afigura-se insuficiente ou excessiva, eliminando não apenas a norma inconstitucional, mas todo o complexo normativo, podendo acabar por suprimir o próprio fundamento da pretensão, dando ao postulante “pedra ao invés de pão” e revelando-se iníqua, especialmente naqueles casos em que o benefício não seja, em si mesmo, inconstitucional. Além disso, reconhece-se que o legislador dispõe de diversas opções para resolver a situação anti-isonômica¹¹⁹.

Na omissão legislativa, não havendo ato normativo, há que se excluir a possibilidade da nulidade, pois não é possível declarar a inconstitucionalidade da

¹¹⁷ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 32-3; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 70-1; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 56; Idem, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 55, 465; Idem, Tribunal Constitucional Alemão, p. 35; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 109; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 258.

¹¹⁸ MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 64; Idem, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 50; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 109-10; VELOSO, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 258.

¹¹⁹ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 307-8; MENDES, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania, p.22; Idem, Controle de constitucionalidade na Alemanha, p. 21; Idem, *Controle de Constitucionalidade*, p. 61-2; Idem, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 51-2; SARMENTO, op. cit., p. 109-10, nota 23.

lacuna; em se tratando de omissão legislativa parcial, a inconstitucionalidade decorre não da norma, mas de sua incompletude¹²⁰.

¹²⁰ MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 52-3.

1.1.7 O controle de constitucionalidade em França

Em França, de acordo com a Constituição da República Francesa de 1958, o controle de constitucionalidade é exercido de forma prévia.

O artigo 61 da Constituição prevê que as leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembléias parlamentares, antes de serem postos em aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronunciará sobre sua conformidade com a Constituição. As demais leis também podem ser submetidas ao Conselho Constitucional antes de sua promulgação, pelas pessoas legitimadas para tanto.

Observe-se que, não obstante o controle de constitucionalidade em França seja exercido de forma prévia, o Conselho Constitucional, na *Décision 85-187 DC*, reconheceu a possibilidade de controlar a constitucionalidade de uma lei já promulgada, caso a constitucionalidade da lei seja contestada por ocasião do exame de disposições legislativas que a modifiquem, a completem ou afetem seu domínio¹²¹.

De acordo com o artigo 62 da Constituição, uma disposição declarada inconstitucional em uma *déclaration de non-conformité* pelo Conselho Constitucional não poderá ser promulgada ou posta em aplicação. As decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de nenhum recurso e se impõem aos Poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e judiciárias.

O controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional possui natureza objetiva e em tese e as decisões por ele proferidas, eficácia *erga omnes* e efeitos imediatos e prospectivos¹²². De acordo com a *Décision 62-18 L*¹²³, as decisões do Conselho Constitucional operam de imediato, a partir de sua prolação¹²⁴.

1.1.8 O controle de constitucionalidade em Portugal

Em Portugal, o controle de constitucionalidade está disciplinado nos artigos 277 e seguintes da Constituição da República Portuguesa de 1976, com as alterações posteriores, em especial o artigo 282, introduzido pela Lei Constitucional n° 1/82, que regula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal Constitucional.

O artigo 278 prevê o controle preventivo de constitucionalidade, podendo ser requerido ao Tribunal Constitucional, pelos legitimados, a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma contida em Lei ou Decreto-Lei, Acordo e Tratado, que deva ser promulgada, assinado ou ratificado, respectivamente.

¹²¹ *Décision* n° 85-187 DC du 25 janvier 1985. Disponível em < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85187dc.htm>> Acesso em: 28 jan. 2006.

¹²² CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 36-7; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n°s 9.868 e 9.882/99, p. 79-80.

¹²³ *Décision* n° 62-18 L du 16 janvier 1962. Disponível em < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1962/62181.htm>> Acesso em: 28 jan. 2006.

¹²⁴ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 36-7; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n°s 9.868 e 9.882/99, p. 79-80.

O Tribunal Constitucional também exerce o controle de constitucionalidade pela via concreta (artigo 280) ou abstrata (artigo 281), sendo que, neste último caso, a decisão possui força obrigatória geral.

Nos termos do artigo 282.1, a regra é a de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral retroajam à data da entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, determinando a repristinação das normas que ela haja eventualmente revogado.

No caso de inconstitucionalidade superveniente decorrente do conflito da norma com norma constitucional editada depois de sua entrada em vigor, a declaração de inconstitucionalidade só produz efeitos a partir da entrada em vigor da norma constitucional, tal como determina o artigo 282.2.

Dispõe o artigo 282.3 que a coisa julgada não é atingida pela declaração de inconstitucionalidade da norma em que se fundou a decisão, ressalvando-se, contudo, a possibilidade de o Tribunal Constitucional decidir diferentemente, quando a norma inconstitucional disser respeito a direito penal, a matéria disciplinar ou a ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável para réu.

Por fim, o artigo 282.4 determina que, “[q]uando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem”, o Tribunal Constitucional poderá fixar os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que aquele previsto nos números 1 e 2 do artigo 282.

Nos casos de inconstitucionalidade por omissão, tal como determina o artigo 283, o Tribunal Constitucional, ao verificar o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, dá conhecimento ao órgão legislativo competente.

Como se vê, portanto, no sistema português, a regra é a nulidade da norma inconstitucional, com a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, que opera efeitos *ex tunc*, determinando-se expressamente a repristinação das normas que hajam sido revogadas pela norma inconstitucional¹²⁵. Entende-se que a Constituição, enquanto fundamento de validade, deve prevalecer incondicionalmente desde o momento em que a norma é emitida e não apenas desde o instante em que a contradição entre ambas é reconhecida¹²⁶.

No caso de inconstitucionalidade superveniente, a declaração de inconstitucionalidade só produz efeitos a partir da entrada em vigor da norma constitucional posterior¹²⁷.

Consagra-se, ainda, o respeito à coisa julgada, ressalvando-se que, quando se tratar de inconstitucionalidade de norma penal ou disciplinar ou de ilícito de mera

¹²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 1039-40; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 37-8; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 82; CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 258; Idem, Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob a sua égide, p. 89; FERRAZ, Apontamento sobre o controle da constitucionalidade, p. 32; FERREIRA, A Jurisdição Constitucional, p. 205; GALLOTTI, A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, p. 30; MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 539; SARMENTO, A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 108; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 50-1.

¹²⁶ MEDEIROS, loc. cit.

ordenação social, dá-se ao Tribunal Constitucional o poder de autorizar a revisão das sentenças transitadas em julgado, quando esse procedimento favorecer o punido¹²⁸.

Buscando-se solucionar os inevitáveis problemas de ordem prática que a adoção da doutrina da eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade pode gerar — como o vazio legislativo, a inconstitucionalidade mais grave da norma reentrante, a produção de injustiças, os prejuízos na solução de casos concretos, entre outros —, adequar os efeitos da inconstitucionalidade às situações da vida, assim como ponderar seu alcance e mitigar sua excessiva rigidez, admite-se que, quando o exigirem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, o Tribunal Constitucional “manipule” os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, temperando ou restringindo no tempo os efeitos desta decisão, que, no limite, poderá vir a produzir efeitos apenas no futuro¹²⁹. Assim, a proteção de interesses constitucionalmente protegidos pode, excepcionalmente, conduzir a que se afaste a regra geral da nulidade da norma inconstitucional e se adote sua simples anulabilidade¹³⁰.

¹²⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1040; FERRAZ, loc. cit.; FERREIRA, loc. cit.; ZAVASCKI, loc. cit.

¹²⁸ CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 1041; FERREIRA, *A Jurisdição Constitucional*, p. 206; GALLOTTI, *A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos*, p. 30-1.

¹²⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.988; Idem, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 1042-4; CASTRO, *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*, p. 37-8; Idem, *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n.ºs 9.868 e 9.882/99*, p. 82; CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 258; Idem, *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob a sua égide*, p. 89; FERREIRA, op. cit., p. 206; GALLOTTI, op. Cit., p. 31; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade : comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 319-20; MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 674; SARMENTO, *A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 108; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 50-1.

¹³⁰ GALLOTTI, loc. cit.; MEDEIROS, op. cit., p. 765.

Como o artigo 282 faz referência expressa à declaração de inconstitucionalidade “com força obrigatória geral”, questiona-se se a faculdade prevista no artigo 282.4 pode ser aplicada também em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade¹³¹.

O Tribunal Constitucional também profere decisões aditivas, em que, invocando valores e interesses constitucionais, restabelece-se a igualdade em casos de violação do princípio da isonomia, acrescentando à norma um segmento ou uma outra norma¹³².

1.1.9 O controle de constitucionalidade na Espanha

Na Espanha, o controle de constitucionalidade está regulado nos artigos 159 e seguintes da Constituição de 1978, que versam sobre o Tribunal Constitucional.

O controle de constitucionalidade é sempre concentrado, estando a cargo do Tribunal Constitucional, que o exerce por via abstrata (artigo 161.1, a) ou concreta (artigo 163).

As decisões de inconstitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e valor de coisa julgada a partir do dia seguinte a sua publicação¹³³.

¹³¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 988.

¹³² CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 1045; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 514.

¹³³ FALCÃO, O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional, p. 204; GARCIA, Eusebio Gonzales. El Tribunal Constitucional Español: consideraciones de Derecho comparado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 55/56, p. 46-53, jul./dez. 1980. p. 52; SILVEIRA, A dimensão Política do Juridário, p. 55-6.

A Constituição espanhola é ambígua e imprecisa quanto ao alcance e aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, uma vez que, ao discipliná-la, não usa nenhuma vez os termos técnicos habitualmente utilizados para definir tais efeitos, como invalidade, ineficácia ou mesmo inaplicação¹³⁴.

O artigo 39 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, contudo, dispõe que, quando a decisão declara a inconstitucionalidade, declarará igualmente a nulidade dos preceitos impugnados, e o artigo 40 da Lei Orgânica volta a utilizar o termo “nulidade”, o que leva à conclusão de que a expressão foi utilizada de forma consciente e técnica¹³⁵.

Nesse contexto, a conclusão tem sido a de que a norma inconstitucional é nula *ab initio* e a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia *ex tunc*, retroativa, ressaltando-se, no entanto, a coisa julgada, nos termos da parte final da letra “a” do artigo 161.1 da Constituição (exceto as sentenças penais ou que imponham sanções administrativas, quando as conseqüências da retroatividade favorecerem o condenado)¹³⁶.

Essa concepção, no entanto, foi relativizada na *Sentencia Constitucional* n° 45, de 20 de fevereiro de 1989¹³⁷, na medida em que, adotando-se a doutrina do caráter

¹³⁴ GARCIA, El Tribunal Constitucional Español, p. 52.

¹³⁵ Ibidem, p. 53.

¹³⁶ COÊLHO, *O controle da constitucionalidade e do poder de tributar na Constituição de 1988*, p. 130; FERREIRA, *A Jurisdição Constitucional*, p. 207; SARMENTO, *A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 108; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 50-1.

¹³⁷ CASTRO, *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*, p. 34-5; Idem, *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n°s 9.868 e 9.882/99*, p. 75-6; FERREIRA, *op. cit.*

anulatório e prospectivo da decisão de inconstitucionalidade¹³⁸, atribuiu-se efeitos *ex nunc* à decisão¹³⁹.

No *Fundamento 11º* da *Sentencia Constitucional*, baseando-se na técnica de decisão de inconstitucionalidade da “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o Tribunal Constitucional, em relação a alguns dos dispositivos do diploma cuja constitucionalidade estava sendo questionada, declarou apenas sua inconstitucionalidade, sem declarar sua nulidade, diante dos riscos que a retroação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade traria para a segurança jurídica¹⁴⁰. Afirmando que a adoção do efeito retroativo para a decisão poderia conduzir a um mal maior do que a própria inconstitucionalidade a ser declarada, e ciente de que esta constatação poderia acabar fazendo com que, para se evitar esse risco, deixasse-se de declarar a inconstitucionalidade da norma, com inevitável desprestígio da rigidez constitucional, preferiu-se adotar uma solução intermediária, declarando-se a inconstitucionalidade dos dispositivos, mas atribuindo-se à decisão de inconstitucionalidade eficácia *ex nunc*¹⁴¹.

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional afirmou, ainda, sua competência para especificar os efeitos de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade, sob os argumentos de que o binômio nulidade-retroatividade constituía apenas uma valoração doutrinária ou jurisprudencial e de que a Lei Orgânica do Tribunal, que não

¹³⁸ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 34-5; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 75-6.

¹³⁹ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 34-5; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 75-6.

¹⁴⁰ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 34-5; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 75-6.

¹⁴¹ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 35; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 77.

previa essa faculdade, não era definidora nem vinculante no que diz respeito aos efeitos das decisões de constitucionalidade, e tampouco impedia que o próprio Tribunal Constitucional estabelecesse o alcance temporal destas decisões¹⁴².

1.1.10 A definição das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade

Como se vê, as conseqüências da inconstitucionalidade da norma e a eficácia da decisão de inconstitucionalidade variam grandemente entre os diferentes ordenamentos jurídicos, impondo-se a conclusão que elas não podem ser definidas de forma genérica ou apriorística, senão que devem ser construídas a partir das características peculiares do ordenamento jurídico de cada País.

Admitindo-se diversas conseqüências para a inconstitucionalidade da norma e diferentes eficácias para a decisão de inconstitucionalidade, e devendo ser elas definidas no contexto de cada ordenamento jurídico, a determinação das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro erigido sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deverão ser determinadas a partir da análise deste ordenamento, de suas características e peculiaridades.

¹⁴² CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, p. 35; Idem, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 75-7.

1.2 A Inconstitucionalidade da norma no ordenamento jurídico brasileiro

1.2.1 A nulidade, a invalidade e a inexistência da norma inconstitucional

O ordenamento jurídico brasileiro apresentou, desde a proclamação da República, uma significativa evolução em relação aos procedimentos de controle de constitucionalidade.

A concepção predominante na doutrina e na jurisprudência, no entanto, manteve-se inalterada, no sentido de que a inconstitucionalidade implica a nulidade da norma¹⁴³, nulidade esta absoluta¹⁴⁴ e *ipso jure*¹⁴⁵; no sentido de que

¹⁴³ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p. 280; BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 91-92; BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 179, p. 14-37, set./out. 1958. p. 34; BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 125-6; CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v.1, p. 399-409 passim; CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 87 e 243; Idem, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 87; GALLOTTI, A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos, p. 24; LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 198; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 313; MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 108, 112; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 275; Idem, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 257; MOREIRA ALVES, José Carlos. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p.10; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 37; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 87, 285; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 258; ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 48.

¹⁴⁴ CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos em Face das Leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 48; CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 87; GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da Lei Tributária: repetição de indébito*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 33; MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Controle de Constitucionalidade: uma abordagem jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 94.

¹⁴⁵ ÁVILA, op cit., p. 286-7; BUSTAMANTE, A Lei n^o 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 113; CAMPOS, op. cit., p. 429; JOBIM, Nelson A.; MENDES, Gilmar Ferreira. A Reforma do Judiciário: o Supremo Tribunal Federal na Revisão Constitucional de 1994: parte II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 141-160, out./dez. 1995. p. 148; Idem, *Controle de Constitucionalidade*, p. 348-351 passim; MOTTA FILHO, op. cit., p. 93-94; SOARES, Lucécia Martins. Poder Executivo e Inconstitucionalidade de Leis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 225-250, abr./jun. 2002. p. 234, 246.

a norma inconstitucional é nula, absoluta e radicalmente nula¹⁴⁶, nula *ipso jure*¹⁴⁷, e não simplesmente anulável¹⁴⁸.

Também o Supremo Tribunal Federal afirma que a norma inconstitucional é nula¹⁴⁹; que “é absolutamente nula; não simplesmente anulável”¹⁵⁰, ressaltando “a

¹⁴⁶ ALMEIDA MELO, Algumas Questões Objetivas Sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade, p. 115-6; BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p.12, 43,187; BASTOS, Celso Ribeiro. Controle de Constitucionalidade das Leis. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 67, p. 64-72, jul./set. 1983. p. 66-7; BINENBOJM, Gustavo. Aspectos Processuais do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 151-174, out./dez. 1999. p. 168; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 268; BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 34-35; Idem, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 128-132 passim; CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 40; GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos Actos Jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910. v. 1, p. 368; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 8, p. 9-20, maio. 1996. p. 13-4; MELLO, José Luiz Anhaia. *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 82-111 passim; MELLO, Oswaldo A. B. de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 140; MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 270; OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003. p. 50; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 110; REIS, Henoch. A Inconstitucionalidade de Lei na Doutrina Brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 2, p. 41-43, out./dez. 1967. p. 42; TEIXEIRA, Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal, p. 33.

¹⁴⁷ MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 317; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 277-8; Idem, Gilmar Ferreira. O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 245.

¹⁴⁸ BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 34; Idem, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito*, p. 128-9; POLETTI, loc. cit.; RAMOS, loc. cit., p. 245; SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários Acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato de Constitucionalidade das Normas Tributárias, p. 156; TEIXEIRA, loc. cit., p. 33.

¹⁴⁹ BRASIL. STF RE. 89.108-1 – GO. Relator: Min. Cunha Peixoto. 1980. Voto do Min. Cunha Peixoto; BRASIL. STF RE. 93.173 – SP. Relator: Min. Firmino Paz. 1982; BRASIL. STF Rep. 1.418-5 – RS. Relator: Min. Néri da Silveira. 1988. Voto do Min. Néri da Silveira; BRASIL. STF ADIn 531-8 – DF. Relator: Min. Célio Borja. 1991. Votos do Min. Célio Borja e do Min. Celso de Mello; BRASIL. STF ADIn .2-1 – DF. Relator: Min. Paulo Brossard. 1992. Voto do Min. Sepúlveda Pertence; BRASIL. STF. ADIn-QO 652-5 – MA. Relator: Min. Celso de Mello, 1992. Voto do Min. Celso de Mello; BRASIL. STF ADIn 1.102-2 – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa 1995. Voto do Min. Maurício Corrêa; BRASIL. STF ADIn-MC 1.434-0 – SP. Relator: Min. Celso de Mello, 1996. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁵⁰ BRASIL. STF MS 15.886 – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Carlos Medeiros; BRASIL. STF RE 390.840 – MG. Voto do Min. Celso de Mello.

nulidade de qualquer norma que entre em colisão com a norma constitucional”¹⁵¹ e sublinhando “a nulidade plena do ato inconstitucional”¹⁵². Afirma, o Supremo Tribunal Federal, que “a declaração de inconstitucionalidade nulifica a lei”¹⁵³; que “[o] vício de inconstitucionalidade importa nulidade da lei”¹⁵⁴.

Afirma-se, ainda, que a norma inconstitucional é inválida¹⁵⁵, sem validade¹⁵⁶, uma vez que lhe falta o fundamento de validade que está corporificado na Constituição¹⁵⁷.

Esse é igualmente o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando afirma que a “inconstitucionalidade declara sem validade alguma a lei”¹⁵⁸.

A norma inconstitucional é também tida por írrita¹⁵⁹, inoperante¹⁶⁰,

¹⁵¹ BRASIL. STF *MS 15.886 – DF*. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Prado Kelly; BRASIL. STF *MS 16.003 – DF*. Relator: Min. Prado Kelly, 1966. Voto do Min. Prado Kelly.

¹⁵² BRASIL. STF. *ADIn-QO 652-5 – MA*. Relator: Min. Celso de Mello, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁵³ BRASIL. STF *RE 89.108-1 – GO*. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Cordeiro Guerra.

¹⁵⁴ BRASIL. STF. *ADIn .2-1 – DF*. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard.

¹⁵⁵ BUZUID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 35; Idem, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 131-2; GALLOTTI, A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos, p. 25; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 177; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsai, 1960. t. 6, p.401; Idem, *Comentários à Constituição de 1967*: arts. 34-112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t.3, p. 575; TEIXEIRA, Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal, p. 33.

¹⁵⁶ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 268; TÁCITO, Caio. Anulação de Leis Inconstitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 59, p. 339-50, jan./mar. 1960. p. 346.

¹⁵⁷ CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 21-2; Idem, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos em Face das Leis nºs 9.868 e 9.882/99, p. 48.

¹⁵⁸ BRASIL. STF. *RE. 35.370 – PR*. Relator: Min. Henrique D’ávila, 1960. Voto do Min. Cândido Motta Filho.

¹⁵⁹ FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 40; GRINOVER, Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional, p. 13-4; MELLO, Oswaldo A. B. de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 140; OMMATI, *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*, p. 50.

inaplicável¹⁶¹, não atendível¹⁶², despida de força jurídica¹⁶³, sem valor¹⁶⁴, portadora de defeito irreparável que compromete sua validade¹⁶⁵.

Alguns autores negam a própria existência da norma inconstitucional. Diz-se que a norma inconstitucional não é lei¹⁶⁶, “mas um ato qualquer”¹⁶⁷; “apenas um ato emanado do congresso”¹⁶⁸; que é como “se não fora escrita”¹⁶⁹, como se nunca tivesse existido¹⁷⁰; que é inexistente¹⁷¹; que é “inexistente como lei”¹⁷²; que “sua existência é puramente formal”, que “é lei apenas aparentemente”¹⁷³; que, juridicamente, inexistente¹⁷⁴, que não vale como lei¹⁷⁵; que, “se contrária à Lei Maior, não pode ser lei”¹⁷⁶; que os

¹⁶⁰ FIGUEIREDO, *Controle de Constitucionalidade*, p. 40.

¹⁶¹ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 268; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 377.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 698.

¹⁶³ THEODÓSIO, Walter. Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei. *Justitia*, São Paulo, v. 44, n. 118, p. 97-125, set./out. 1982. p. 106.

¹⁶⁴ FERREIRA FILHO, O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade, p. 3.

¹⁶⁵ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 185.

¹⁶⁶ BARBOSA, Ruy *apud* THEODÓSIO, op. cit., p. 105; CAMPOS, *Direito Constitucional*, p. 430, 433; DELLA GIUSTINA, Vasco. *Leis Municipais e Seu Controle Constitucional pelo Tribunal de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 131; MELLO, José Luiz Anhaia. *Da separação de Poderes à Guarda da Constituição*, p. 32, 111; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 257; MONTEIRO, O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo, p. 102; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 110, 119; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. (Coleção Jurídica). p. 101-2; TÁCITO, Anulação de Leis Inconstitucionais, p. 346.

¹⁶⁷ CAMPOS, op. cit., p. 433.

¹⁶⁸ TÁCITO, loc. cit.

¹⁶⁹ DELLA GIUSTINA, loc. cit.

¹⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929. p. 125; POLETTI, op. cit., 110.

¹⁷¹ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 346-7; CAMPOS, op. cit., p. 405, 429; LIMA, L. C. Miranda. Funcionário Público - Aposentadoria - Lei Inconstitucional - Poder Executivo - O Poder Executivo não deve dar aplicação a leis inconstitucionais - interpretação da Lei nº 3.906, de 1961. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 81, p. 466-475, jul./set. 1965. p. 472; MONTEIRO, op. cit., p. 103.

¹⁷² BITTENCOURT, *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 133.

¹⁷³ MONTEIRO, op. cit., p. 102.

¹⁷⁴ LIMA, loc. cit.

¹⁷⁵ LIMA, op. cit., p. 467.

¹⁷⁶ POLETTI, op. cit., p. 111.

atos normativos inconstitucionais “valem tanto quanto se produzidos não foram, são nenhuns para o mundo do Direito”¹⁷⁷.

Esse entendimento é seguido também pelo Supremo Tribunal Federal. Afirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a norma inconstitucional é tida como se “não existisse”¹⁷⁸; que a “lei inconstitucional não é lei”¹⁷⁹; que “uma lei inconstitucional é inexistente”¹⁸⁰; que uma lei inconstitucional “[n]ão é lei ou não é uma lei”¹⁸¹; que “[a] lei ou é constitucional ou não é lei”¹⁸²; que “de lei tem apenas a aparência, pois não o é”¹⁸³.

1.2.2 A ineficácia da norma inconstitucional

Destaca-se, ainda, a ineficácia da norma inconstitucional. É dito que a norma inconstitucional é ineficaz¹⁸⁴; que não produz efeitos jurídicos¹⁸⁵; que “não tem a eficácia necessária à formação de direitos subjetivos”¹⁸⁶; que “não tem nenhuma eficácia, nem

¹⁷⁷ LIMA, Funcionário público, p. 469.

¹⁷⁸ BRASIL. STF *RE 35.370* – PR. Relator: Min. Henrique D’ávila, 1960. Voto do Min. Cândido Motta Filho; BRASIL. STF *ADIn n.2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard.

¹⁷⁹ BRASIL. STF *RE 84.230* – PR. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 1976. Voto do Min. Cordeiro Guerra.

¹⁸⁰ BRASIL. STF *RE 89.108-1* – GO. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Cunha Peixoto.

¹⁸¹ BRASIL. STF *Rep. 1.418-5* – RS. Relator: Min. Néri da Silveira, 1988. Voto do Min. Néri da Silveira.

¹⁸² BRASIL. STF *ADIn 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992.

¹⁸³ BRASIL. STF *ADIn 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 48; MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 32; MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 270; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 101-2; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 185.

¹⁸⁵ FERREIRA FILHO, O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade, p. 3; LIMA, Miranda. Funcionário, p. 473; MELLO, op. cit., p. 82; MONTEIRO, O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo, p. 103; OMMATI, *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*, p. 50; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 87; REIS, A Inconstitucionalidade de Lei na Doutrina Brasileira, p. 42; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 101-2.

¹⁸⁶ TÁCITO, Anulação de Leis Inconstitucionais, p. 346.

jamais teve, nem terá”¹⁸⁷; que é destituída “de qualquer carga de eficácia jurídica”¹⁸⁸; que se deve aplicar-lhe o brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*¹⁸⁹.

Esse é também o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que considera que a norma inconstitucional não produz efeitos¹⁹⁰; que “não produz o efeito a que se destinava”¹⁹¹; que “não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante”¹⁹²; que “se apresenta desprovida de aptidão para gerar e operar **qualquer** efeito jurídico”¹⁹³. Aponta, ainda, o Supremo Tribunal Federal, que o ato normativo inconstitucional é “desprovido de qualquer eficácia no plano do Direito”¹⁹⁴; que os atos normativos inconstitucionais são “destituídos [...] de qualquer carga de eficácia jurídica”¹⁹⁵; que revelam “inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos”¹⁹⁶. A inconstitucionalidade da norma “importa no reconhecimento da ineficácia, para todos os efeitos, da lei ou ato normativo” e “a decisão que declara inconstitucional determinado diploma legal encerra em si mesma, o efeito de excluir a eficácia da lei ou ato normativo”¹⁹⁷. Anota, ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que “o

¹⁸⁷ POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 110.

¹⁸⁸ MORAES, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da Constituição*, p. 270.

¹⁸⁹ POLETTI, loc. cit.; TÁCITO, op. cit., p. 347.

¹⁹⁰ BRASIL. STF *RE em MS 7.243 – CE*. Relator: Min. Luiz Gallotti, 1960. Voto do Min. Luiz Gallotti; BRASIL. STF *RE 61.410 – RN*. Relator: Min. Themistocles Cavalcanti, 1968. BRASIL. STF *RE 85.940 – MG*. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1976; BRASIL. STF *RE 121.501 – MG*. Relator: Min. Marco Aurélio, 1995. Voto do Min. Marco Aurélio; BRASIL. STF *ADIn 1.102-2 – DF*. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Maurício Corrêa.

¹⁹¹ BRASIL. STF *RE 85.940 – MG*. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1976. Voto do Min. Cunha Peixoto.

¹⁹² BRASIL. STF *RE 89.108-1 – Goiás*. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Cunha Peixoto; BRASIL. STF *Rep. 1.418-5 – RS*. Relator: Min. Néri da Silveira 1988.

¹⁹³ BRASIL. STF *ADIn 513-8 – DF*. Relator: Min. Célio Borja, 1991. Voto do Min. Celso de Mello; BRASIL. STF *RE 136.215 – RJ*. Relator: Min. Octavio Gallotti, 1993. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁹⁴ BRASIL. STF *ADIn 513-8 – DF*. Relator: Min. Célio Borja, 1991. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁹⁵ BRASIL. STF *ADIn-QO 652-5 – MA*. Relator: Min. Celso de Mello, 1992. BRASIL. STF *MS-MC 1.434-0 – SP*. Relator: Min. Celso de Mello, 1996. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁹⁶ BRASIL. STF *ADIn-QO 652-5 – MA*. Relator: Min. Celso de Mello, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁹⁷ BRASIL. STF *RE 103.619 – RJ*. Relator: Min. Moreira Alves, 1980. Voto do Min. Oscar Corrêa.

valor jurídico do ato inconstitucional é **nenhum**¹⁹⁸, que ele é “desprovido de qualquer eficácia no plano do Direito”¹⁹⁹. Afirma também que “[a] declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez à sua sombra”²⁰⁰ e que “tudo quanto se fez, por aplicação dela, obviamente não há de produzir efeito”²⁰¹. Mais: “[s]e atos administrativos houverem sido praticados, poderão ser desfeitos, porque fundados em lei declarada inconstitucional”²⁰² e atos fundados em norma inconstitucional “são nulos e sem nenhuma eficácia”²⁰³.

Prosseguindo, afirma-se que a norma inconstitucional “se ressentida da ausência de força obrigatória”²⁰⁴; que não obriga²⁰⁵, nem os particulares, nem os poderes públicos, nem os tribunais²⁰⁶; que não pode “impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição”²⁰⁷.

Esse também o entendimento seguido pelo Supremo Tribunal Federal, quando afirma que “a lei inconstitucional não gera obrigação”²⁰⁸.

¹⁹⁸ BRASIL. STF *RE. 136.215* – RJ. Min. Octavio Gallotti, 1993. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁹⁹ BRASIL. STF *RE. 136.215* – RJ. Min. Octavio Gallotti, 1993. Voto do Min. Celso de Mello.

²⁰⁰ BRASIL. STF *RE 57.310* – PB. Relator: Min. Antonio Villas Boas, 1964.

²⁰¹ BRASIL. STF *RE 57.310* – PB. Relator: Min. Antonio Villas Boas, 1964. Voto do Min. Villas Boas.

²⁰² BRASIL. STF *Rep. 933* – RJ. Relator: Min. Thompson Flores, 1975. Voto do Min. Xavier de Albuquerque.

²⁰³ BRASIL. STF *RE 84.230* – PR. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 1976. Voto do Min. Cordeiro Guerra.

²⁰⁴ THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 104.

²⁰⁵ DELLA GIUSTINA, *Leis Municipais e Seu Controle Constitucional pelo Tribunal de Justiça*, p. 131; GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Constituinte e Controle de Constitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, n. 79, p. 146-155, jul./set. 1986. p. 151; MONTEIRO, O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo, p. 102; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 119;

²⁰⁶ CAMPOS, *Direito Constitucional*, p. 431; GALLOTTI, A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos, p. 24.

²⁰⁷ MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 316.

²⁰⁸ BRASIL. STF *Rep. 980* – SP. Relator: Min. Moreira Alves, 1979. Voto do Min. Soares Muñoz.

A inconstitucionalidade da norma, diante de sua inaptidão de produzir efeitos jurídicos válidos, afasta a possibilidade de invocação de qualquer direito²⁰⁹. As normas inconstitucionais “não geram direitos adquiridos”²¹⁰; “não pode haver direitos adquiridos contra a Constituição ou com a invocação de normas manifestamente inconstitucionais”²¹¹.

A norma inconstitucional “[n]ão pode servir de fundamento para os negócios jurídicos, não cria direitos, não protege pessoas que tenham agido sob sua égide e não se deve considerar violador da lei aquele que se tenha recusado obedecer ao ato legislativo, agora considerado nulo”²¹². A norma inconstitucional “[n]ão confere direitos a quem agiu sob o domínio della e punidos não podem ser os que lhe recusaram obediência antes de se proclamar a inconstitucionalidade”²¹³. À sombra de normas inconstitucionais não “podem prosperar situações jurídicas e respeitáveis”²¹⁴. Todo ato, privado ou público, “que tenha se fundado nessa lei [...] está destituído de uma válida base legal”²¹⁵. Não há como se pretender salvaguardar o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido decorrente da norma inconstitucional²¹⁶.

Também o Supremo Tribunal Federal reconhece que a norma inconstitucional

²⁰⁹ ALMEIDA MELO, *Algumas Questões Objetivas Sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade*, p. 115-6; BARROSO, *Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 258; FIGUEIREDO, *Controle de Constitucionalidade*, p. 41; MARTINS, loc. cit.; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 90-1.

²¹⁰ TÁCITO, *Anulação de Leis Inconstitucionais*, p. 346.

²¹¹ CAVALCANTI, *Do controle da Constitucionalidade*, p. 177.

²¹² POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 110.

²¹³ MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 125.

²¹⁴ TÁCITO, *Anulação de Leis Inconstitucionais*, p. 346.

²¹⁵ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4.

²¹⁶ TEPEDINO, *Temas de Direito Civil*, p. 452.

não gera direitos²¹⁷, “não cria direito líquido e certo”²¹⁸, uma vez que “do ato nulo, em regra, não nasce direito”²¹⁹. Afirma que o reconhecimento da inconstitucionalidade “inibe [...] a possibilidade de invocação de qualquer direito”²²⁰. Anota, ainda, o Supremo Tribunal Federal que, reconhecida a inconstitucionalidade da lei, “não se haverão constituído direitos de nenhuma espécie com base nela”²²¹, “desaparece qualquer direito, com base nessa lei”²²² e “todos os direitos que porventura se fundassem na norma vetada pelo STF estariam desfeitos”²²³.

Dessa ineficácia da norma inconstitucional, a doutrina extrai sua inaptidão para revogar ou derrogar normas jurídicas que lhe antecedam²²⁴. Afirma-se que não se trata de restaurar a norma jurídica que haveria sido revogada ou derogada pela norma inconstitucional, pois, na verdade, a revogação ou derrogação jamais se concretizou, e a norma jurídica que haveria sido revogada ou derogada pela norma inconstitucional continua a produzir seus efeitos, sem quebra de continuidade²²⁵.

²¹⁷ BRASIL. STF *RE* 84.230 – PR. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 1976. Voto do Min. Cordeiro Guerra; BRASIL. STF *RE* 85.940 – MG. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1976. Voto do Min. Cunha Peixoto; BRASIL. STF *Rep.* 980 – SP. Relator: Min. Moreira Alves, 1979. Voto do Min. Soares Muñoz; BRASIL. STF *RE* 93.173 – SP. Relator: Min. Firmino Paz, 1982. Voto do Min. Firmino Paz.

²¹⁸ BRASIL. STF *RE em MS* 4.221 – PB.

²¹⁹ BRASIL. STF *RE em MS* 7.243 – CE. Relator: Min. Luiz Gallotti, 1960. Voto do Min. Luiz Gallotti.

²²⁰ BRASIL. STF *ADIn.* 102-2 – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Maurício Corrêa.

²²¹ BRASIL. STF *Rep.* 933 – RJ. Relator: Min. Thompson Flores, 1975. Voto do Min. Xavier de Albuquerque.

²²² BRASIL. STF *RE em MES* 14.621 – SP. Relator: Min. Candido Mota, 1966.

²²³ BRASIL. STF *Rep.* 933 – RJ. Relator: Min. Thompson Flores, 1975. Voto do Min. Xavier de Albuquerque.

²²⁴ ANDRADE FILHO, *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos*, p. 91; BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 92-93; FERREIRA, Luiz Pinto. A Corte Constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 83, p. 29-52, jul./set. 1987. p. 43; Idem. A Jurisdição Constitucional, p. 214; MORAES, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, p. 272.

²²⁵ ANDRADE FILHO, op. cit., p. 91; BARROSO, loc. cit.; LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 93; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 94.

Também o Supremo Tribunal Federal reconhece a “absoluta ineficácia derogatória das leis inconstitucionais”²²⁶ e que a norma inconstitucional “não possui eficácia derogatória de leis anteriores”²²⁷. Afirma-se, ainda, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, entre as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade, está “a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional”²²⁸; que, “[n]o caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repriminção de preceito anterior”²²⁹, “o restabelecimento da norma anterior que fora revogada pela norma declarada inconstitucional”²³⁰.

1.2.3 O momento a partir do qual se verificam as conseqüências da inconstitucionalidade da norma

A doutrina, afirma que a inconstitucionalidade atinge a lei desde seu nascimento²³¹, desde a sua origem²³², desde sua edição²³³; que atinge a lei no berço²³⁴, *ab initio*²³⁵, *ab origine*²³⁶.

²²⁶ BRASIL. STF *ADIn* .513-8 – DF. Relator: Min. Célio Borja, 1991. Voto do Min. Celso de Mello.

²²⁷ BRASIL. STF *ADIn* .513-8 – DF. Relator: Min. Célio Borja, 1991. Voto do Min. Celso de Mello.

²²⁸ BRASIL. STF *ADIn-QO* 652-5 – MA. Relator: Min. Celso de Mello, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

²²⁹ BRASIL. STF *ADIn* .2.574-1 – AP. Relator: Min. Carlos Velloso, 2002.

²³⁰ BRASIL. STF *Ag RE* 394.010 - 4 – RS. Relator: Min. Carlos Velloso, 2004. Voto do Min. Carlos Velloso.

²³¹ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 185.

²³² VELOSO, loc. cit.

²³³ BINENBOJM, Gustavo. Aspectos Processuais do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 151-174, out./dez. 1999. p. 168.

²³⁴ BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 34; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 128-9.

²³⁵ BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 34-35; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 128-132 passim; CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos em Face das Leis nºs 9.868 e 9.882/99, p. 54; SARMENTO, A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, p. 101-2; GALLOTTI, A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos, p. 24; TEIXEIRA, Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal, p. 33.

²³⁶ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4.

Diz-se que “[a] inconstitucionalidade alcançou a lei ‘desde o nascedouro’”²³⁷, que a lei era “radicalmente nula, desde que nasceu”²³⁸. Que se trata de lei “natimorta”²³⁹, que “nasceu morta, não chegou a viver”²⁴⁰, que não teve “nenhum único momento de validade”²⁴¹, que “não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço, e não adquire jamais com o decurso do tempo”²⁴², que “é destituída de eficácia desde o seu nascedouro, não adquirindo validade em qualquer fase”²⁴³.

Também a jurisprudência do Supremo tribunal Federal afirma que a nulidade e a ineficácia da norma inconstitucional atingem-na desde sua publicação, desde seu nascimento, desde o berço, *ab initio*, e não a partir da declaração de sua inconstitucionalidade²⁴⁴; que “a nulidade opera ex tunc”²⁴⁵; que “a declaração de inconstitucionalidade nulifica a lei ex tunc”²⁴⁶; que a inconstitucionalidade é um vício ou defeito congênito²⁴⁷. Afirma-se, ainda, que “a execução da lei, até o momento da

²³⁷ POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 110.

²³⁸ LIMA, *Funcionário Público*, p. 473.

²³⁹ MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 111.

²⁴⁰ BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 34; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 128-9; MELLO, *op. cit.*, p. 108.

²⁴¹ BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 34; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 128-9.

²⁴² BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 34; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 130-1.

²⁴³ TEIXEIRA, *Do controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal*, p. 33.

²⁴⁴ BRASIL. STF RE 33.146 – PR. Relator: Min. Afrânio Antonio da Costa, 1958. Voto do Min. Afrânio Costa; BRASIL. STF RE 35.370 – PR. Relator: Min. Henrique D’Ávila, 1960. Voto do Min. Cunha Vasconcellos; BRASIL. STF MS 15.886 – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Carlos Medeiros; BRASIL. STF Rep. 1.013 – RJ. Relator: Min. Soares Munoz, 1980. Voto do Min. Soares Muñoz; BRASIL. STF RE 89.108-1 – GO. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Cunha Peixoto; BRASIL. STF Rep. 1.418-5 – RS. Relator: Min. Néri da Silveira, 1988. Voto do Min. Néri da Silveira; BRASIL. STF ADIn 2-1 – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard; BRASIL. STF RE 187.436-8 – RS. Relator: Min. Marco Aurélio, 1997. Voto do Min. Néri da Silveira; BRASIL. STF AO 19-1 – MT. Relator: Min. Sydney Sanches, 1998; BRASIL. STF AgRE 394.010 - 4 – RS. Relator: Min. Carlos Velloso, 2004. Voto do Min. Carlos Velloso.

²⁴⁵ BRASIL. STF Rep. 1.016 – SP. Relator: Min. Moreira Alves, 1979. Voto do Min. Moreira Alves.

²⁴⁶ BRASIL. STF RE 89.108-1 – GO. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Cordeiro Guerra.

²⁴⁷ BRASIL. STF ADIn 2-1 – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Sydney Sanches.

declaração judicial de sua inconstitucionalidade, seria condicional, restabelecendo-se depois o status quo ante”²⁴⁸.

Alguns autores, contudo, anotam que a inconstitucionalidade não atinge a norma necessariamente no momento de seu nascimento, que a inconstitucionalidade nem sempre corresponde a um vício genético.

No período em que estão se processando as alterações no contexto fático, verifica-se a “inconstitucionalização da norma”, em que “[a] lei, que nasceu constitucional, vai migrando para a esfera da inconstitucionalidade, até tornar-se írrita”²⁴⁹.

Observa-se que, muitas vezes, é “difícil estabelecer, sem uma certa dose de arbitrariedade, em que momento o ato normativo atingiu as raias da ilegitimidade constitucional”²⁵⁰, já que, “uma vez que não é possível estabelecer com precisão o momento exato em que se verifica o contraste entre a norma legal e a norma constitucional, a margem de apreciação do órgão de controle é bastante grande”²⁵¹²⁵².

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também reconhece a possibilidade de inconstitucionalidade superveniente, em decorrência da alteração das

²⁴⁸ BRASIL. STF *MS 15.886* – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Victor Nunes.

²⁴⁹ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 118, 120.

²⁵⁰ SARMENTO, loc. cit.

²⁵¹ MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 544-5.

²⁵² Em alguns casos, será mesmo impossível se determinar o momento preciso em que a norma se tornou inconstitucional, de modo que “a atribuição de eficácia retroativa à decisão de provimento implicaria uma fixação *artificial* de um momento anterior a partir da qual a norma deixaria de produzir efeitos”; esta dificuldade, contudo, não impede “uma decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa” (MEDEIROS, loc. cit.).

circunstâncias fáticas. Com efeito, ao discutir a constitucionalidade da legislação que previa a intimação pessoal dos defensores públicos e atribuía prazo em dobro para a interposição de recursos para a Defensoria Pública, impugnada sob o argumento de que tal tratamento diferenciado feriria o princípio da isonomia, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a norma não seria inconstitucional, “enquanto as respectivas instituições não se colocam, em matéria de organização, em pé de igualdade com o respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública”, “tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar”, “porque aí os defensores públicos estarão em situação de igualdade com a acusação, com os representantes do Ministério Público”²⁵³.

Da mesma forma, ao analisar a constitucionalidade do artigo 68 do Código de Processo Penal, que atribui competência do Ministério Público para a ação de reparação do dano provocado pelo crime, diante da competência atribuída pela Constituição à Defensoria Pública, para a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, o Supremo Tribunal Federal considerou que o citado dispositivo legal se encontrava em processo de inconstitucionalização, mas não era, ainda, inconstitucional. Afirmou-se que “a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição [...] subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”²⁵⁴, já que “uma norma jurídica só entra em vigor no momento em que existam os meios materiais que ela pressupõe como indispensáveis para que possa ser aplicada”²⁵⁵.

²⁵³ BRASIL. STF *HC 70.514-6* – RS. Relator: Min. Sydney Sanches, 1994. Voto do Min. Carlos Velloso.

²⁵⁴ BRASIL. STF *RE 135.328-7* – SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 1994. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

Segundo o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a competência para a ação de reparação do dano provocado pelo crime efetivamente foi transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública, mas esta “só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da Lei complementar por ela ordenada” e que “até que se [...] implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente”²⁵⁶. Admitiu-se, portanto, a “recepção, pela Constituição de 1988, do art. 68 do Código de Processo Penal, enquanto não estiverem instaladas e aparelhadas as Defensorias Públicas”²⁵⁷, verificando-se “uma inconstitucionalidade progressiva”, de modo que “a norma está recebida no sistema, até que a regra maior que a revogaria tenha condições de plena eficácia”²⁵⁸. Dessa forma, “no momento em que se instalar oficialmente a Defensoria Pública no Estado, a partir daquela data, cessa a legitimidade do Ministério Público para requerer, nos termos do art. 68, do CPP, a ação civil, [...] pois, aí, legitimada está a Defensoria Pública, então já organizada”²⁵⁹.

Nos casos em que se verifica a inconstitucionalidade superveniente, seja em virtude de reforma constitucional, seja em virtude de mutação constitucional, seja em virtude de uma alteração no contexto fático a que se aplicam a Constituição e a norma, a pronúncia de nulidade ou a eficácia retroativa da decisão não alcançarão a norma desde seu nascimento, mas apenas a partir do momento em que a inconstitucionalidade se fez presente, ou seja, a partir do surgimento da nova norma paramétrica constante no novo

²⁵⁵ BRASIL. STF *RE 135.328-7* – SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 1994. Voto do Min. Moreira Alves.

²⁵⁶ BRASIL. STF *RE 135.328-7* – SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 1994. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

²⁵⁷ BRASIL. STF *RE 135.328-7* – SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 1994. Voto do Min. Carlos Velloso.

²⁵⁸ BRASIL. STF *RE 135.328-7* – SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 1994. Voto do Min. Néri da Silveira.

²⁵⁹ BRASIL. STF *RE 135.328-7* – SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 1994. Voto do Min. Néri da Silveira.

conteúdo da Constituição, de modo que abrangerá apenas o período posterior ao momento em que a norma passou a ser inconstitucional²⁶⁰ e “só poderá fulminar os efeitos da norma produzidos depois do momento em que tiver se consumado o seu trânsito para a inconstitucionalidade”²⁶¹, não havendo razão para que, nesse caso, “a decisão [...] produza efeitos desde o nascimento do ato atacado”²⁶².

1.2.4 A eficácia declaratória da decisão de inconstitucionalidade

No que tange à eficácia da decisão de inconstitucionalidade da norma, afirma a doutrina predominante que, no ordenamento jurídico brasileiro, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei possui caráter declaratório²⁶³, e não constitutivo²⁶⁴.

Também o Supremo Tribunal Federal segue o entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia declaratória²⁶⁵.

²⁶⁰ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 256-8.

²⁶¹ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 123.

²⁶² CLÈVE, loc. cit.

²⁶³ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p. 280; BARROSO, Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 258; Idem. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 91-92; BINENBOJM, Aspectos Processuais do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Leis no Brasil, p. 168; BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 35; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 131-2; CLÈVE, op. cit., p. 244; FERREIRA FILHO, O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade, p. 3; GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Constituinte e Controle de Constitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, n. 79, p. 146-155, jul./set. 1986. p. 151; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 90, 92; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 111; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 148-50; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 101-2; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 53; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 541; TEIXEIRA, Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal, p. 31; THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 121; ZAVASCKI, Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, p. 48.

²⁶⁴ BARROSO, loc. cit.; CLÈVE, op. cit., p. 244; BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 35; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 131-2; POLETTI, op. cit., p. 111; STRECK, loc. cit.

A decisão de inconstitucionalidade “simplesmente declara a validade ou a nulidade”²⁶⁶, “[n]ada constitui nem desconstitui”²⁶⁷; “não desconstitui (puro efeito revocatório) a lei [...], mas apenas reconhece a existência de um ato viciado”²⁶⁸; apenas “certifica a invalidade da norma, situação antecedente ao provimento”²⁶⁹.

A decisão de inconstitucionalidade “não modifica o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido”²⁷⁰, senão que se limita “a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a nati-morta”²⁷¹. A nulidade absoluta, característica da inconstitucionalidade, “implica [...] ineficácia do acto por si mesma, sem necessidade de intervenção do juiz”²⁷².

A norma inconstitucional “era o que é e continuará a ser, isto é, coisa nenhuma em Direito, antes e depois da declaração de sua inconstitucionalidade”; “não se torna inválida por assim tê-la considerado o Judiciário, mas é como tal declarada porque era radicalmente nula”²⁷³; a “declaração nada altera ou modifica o seu estado: não é em virtude de se declarar uma coisa inexistente que ela passa a não existir”²⁷⁴; a “inconstitucionalidade não nasce da declaração”, “esta existe por causa da primeira”²⁷⁵.

²⁶⁵ BRASIL. STF *Rep. 1.013* – RJ . Relator: Min. Soares Munoz, 1980. Voto do Min. Soares Muñoz; BRASIL. STF *MS 20.399* – DF. Relator: Min. Soares Munoz, 1983. Voto do Min. Aldir Passarinho.

²⁶⁶ ZAVASCKI, Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, p. 48.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 48.

²⁶⁸ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 87, 244.

²⁶⁹ PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 93.

²⁷⁰ BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 35; *Idem*. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 131-2.

²⁷¹ BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 35; *Idem*. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 131-2.

²⁷² CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 916-7.

²⁷³ LIMA, *Funcionário Público*, p. 473; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 111.

²⁷⁴ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1, p. 440.

A inadequação da norma à Constituição reside na própria norma e não na decisão, que não altera aquela condição de inconstitucionalidade da norma, condição esta que ocorre fora, independente e a despeito do processo e é anterior à decisão, simplesmente atestando ou certificando o que fora da decisão se contém e vive²⁷⁶.

A declaração da inconstitucionalidade apenas reconhece uma incompatibilidade pré-existente²⁷⁷; “outra coisa não faz senão afirmar uma situação pré-existente”²⁷⁸; “declara-se uma inconstitucionalidade, que sempre existiu”²⁷⁹; os efeitos da declaração de inconstitucionalidade “consistem em tornar indiscutível ou menos discutível a ocorrência da sanção de invalidade, a qual, entretanto, o precede lógica e temporalmente”, já que “opera de pleno direito, automaticamente”²⁸⁰.

Também nesse sentido é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que “[o] julgado não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pre-existente”; que “[a] Corte verifica e anuncia a nulidade”; e que “a decisão judicial não muda a natureza da lei”, de modo que o Poder Judiciário não faz a norma inconstitucional, apenas declara o que era²⁸¹.

Veja-se que a declaração constitui um “juízo imperativo sobre a eficácia e a aplicação de um comando”, na medida em que ela “elimina a incerteza de um outro

²⁷⁵ POLETTI, op. cit., p. 117.

²⁷⁶ ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 149-50.

²⁷⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A Inconstitucionalidade da Regulamentação dos Efeitos do Controle de Constitucionalidade em Abstrato Através de Lei Ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 56, p. 19-24, maio 2000. p. 20.

²⁷⁸ LIMA, Miranda. *Funcionário Público*, p. 473.

²⁷⁹ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 541.

²⁸⁰ RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 89-0.

²⁸¹ BRASIL. STF *ADIn. 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard.

comando”²⁸². A declaração tem como finalidade “destruir a aparência do acto, aparência esta susceptível de originar resistência por parte de terceiros”²⁸³. Destarte, a decisão reveste-se de natureza declaratória em virtude da “aparência de lei da norma inconstitucional”²⁸⁴, constituindo a “certificação jurisdicional da validade ou da invalidade da norma questionada”²⁸⁵.

1.2.5 A eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade

No que tange a sua eficácia temporal, a doutrina predominante afirma que “o efeito da sentença retroage *ex tunc* à data da publicação de lei ou ato”²⁸⁶, “à data da edição da lei inconstitucional”²⁸⁷, “à edição da norma ou do ato”²⁸⁸, “à data de edição do ato contestado”²⁸⁹, “até o berço da lei”²⁹⁰, “ao momento do nascimento da lei”²⁹¹, “até o nascimento da norma impugnada”²⁹², “à data de início de vigência da lei”²⁹³; que a decisão de inconstitucionalidade possui “efeito *ex tunc*”²⁹⁴ e não *ex nunc*²⁹⁵; que é retroativa²⁹⁶; que possui efeito

²⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 169-70.

²⁸³ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.916-7.

²⁸⁴ POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 117.

²⁸⁵ ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 148.

²⁸⁶ BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 36; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 40.

²⁸⁷ ANDRADE FILHO, *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 90; BASTOS, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, p. 70-1.

²⁸⁸ FRANCISCO, José Carlos. Natureza das normas e atos inconstitucionais. *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, v.1, São Paulo, n.17, p. 632-629, set. 2004. p. 631.

²⁸⁹ LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 92.

²⁹⁰ BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 35; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 131-2.

²⁹¹ BARROSO, Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 253; CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 87, 244.

²⁹² FERREIRA, A Corte Constitucional, p. 42; Idem. A Jurisdição Constitucional, p. 212.

²⁹³ BARROSO, Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 91-92.

²⁹⁴ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p.280; BARROSO, loc. cit.; BARROSO, Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 91-92; BASTOS, loc. cit., p. 70-1; CAPPELLETTI, *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 39; CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 87, 244; COÊLHO, *O Controle da Constitucionalidade e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, p. 194; FERREIRA FILHO, *O Sistema Constitucional*

retroativo²⁹⁷, “retrooperante”²⁹⁸.

Afirma-se que a decisão de inconstitucionalidade “tem força retroativa”²⁹⁹, “eficácia retroativa”³⁰⁰, “operância retroativa”³⁰¹; que apresenta “retroatividade radical”³⁰².

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma a eficácia *ex tunc*, retroativa, da decisão de inconstitucionalidade³⁰³, afirmando que ela produz efeitos

Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade, p. 3; FRANCISCO, Natureza das normas e atos inconstitucionais, p. 631; GRINOVER, Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional, p. 13-4; JOBIM, A Reforma do Judiciário, p. 148; MARINS, Ação Rescisória em Matéria Tributária Diante de Decisão sobre Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, p. 115-6; MARTINS, Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal, p. 246; MOREIRA ALVES, A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil, p. 10; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 93; POLETTI, op. cit., p. 111; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 150-1; SANCHES, Aspectos Processuais do Controle de Constitucionalidade, p. 139; *Ibidem*. Aspectos Processuais do Controle de Constitucionalidade, p. 610; TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 185.

²⁹⁵ BASTOS, Controle de Constitucionalidade das Leis, p. 70-1.

²⁹⁶ ANDRADE FILHO, *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 91.

²⁹⁷ BINENBOJM, Aspectos Processuais do Controle abstrato da Constitucionalidade das Leis no Brasil, p. 168; CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção*, p. 89-90; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 39; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 101-2; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 90.

²⁹⁸ BUSTAMANTE, A Lei n^o 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 113.

²⁹⁹ THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 124.

³⁰⁰ GALLOTTI, A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos, p. 26.

³⁰¹ CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 25; *Idem*, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 55.

³⁰² CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 54.

³⁰³ BRASIL. STF *Rep.* 933 – RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Thompson Flores, 1975. Voto do Min. Eloy da Rocha; BRASIL. STF *RE 81.649* – SP. Relator: Min. Thompson Flores, 1975. BRASIL. STF *RE 89.108-1* – GO. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Soarez Muñoz; BRASIL. STF *ADIn 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard; BRASIL. STF *ADIn-QO 652-5* – MA. Relator: Min. Celso de Mello, 1992. Voto do Min. Celso de Mello; BRASIL. STF *RE 122.202-6* –MG. Relator: Min. Francisco Rezek, 1993. Voto do Min. Marco Aurélio; BRASIL. STF *EMB ino RE. 168.554-2* –RJ. Relator: Min. Marco Aurélio, 1994. BRASIL. STF *ADIn .1.102-2* – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Maurício Corrêa; BRASIL. STF *AO 19-1* – MT. Relator: Min. Sydney Sanches, 1998. Voto do Min. Sydney Sanches; BRASIL. STF *EMB. na ADIn 483-2* – PR. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2001. Voto do Min. Ilmar Galvão; BRASIL. STF *Emb. no RE. 168.554-2* –RJ. Relator: Min. Marco Aurélio, 1994; BRASIL. STF *MS-MC 1.434-0* – SP. Relator: Min. Celso de Mello, 1996; BRASIL. STF *MS 20.399* - DF. Relator: Min. Soares Munoz., 1983. Voto do Min. Aldir Passarinho.

“a partir do momento da inconstitucionalidade”³⁰⁴.

Anota-se, ainda, que o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade “atinge a norma desde sua origem”³⁰⁵, “anulando a lei desde o seu nascimento”³⁰⁶; que “deve retroagir para retirar valor a tudo o que se apoiar numa norma inválida desde sua origem”³⁰⁷. A decisão de inconstitucionalidade é, assim, “a certidão de óbito do ato natimorto”³⁰⁸.

A decisão de inconstitucionalidade abrange “todos os atos praticados sob o império da lei declarada inconstitucional”³⁰⁹; alcança “os atos pretéritos com base nela praticados”³¹⁰; atinge “atos pretéritos praticados sob a sua égide”³¹¹; “desampara as situações constituídas sob a sua égide”³¹²; destitui de validade “qualquer ato que a tome como fundamento”³¹³; retira valor a tudo que nela se apoiar³¹⁴; atinge todos “os atos praticados sob a égide da lei inconstitucional e que tivessem nela o seu fundamento de validade jurídica”³¹⁵; desfaz todas as conseqüências dela derivadas³¹⁶; determina a “total

³⁰⁴ BRASIL. STF *ADIn 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

³⁰⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 241-250, jan./mar. 2000. p. 248.

³⁰⁶ TORRES, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, p. 51.

³⁰⁷ FERREIRA FILHO, *O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade*, p. 3.

³⁰⁸ ANDRADE FILHO, *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 91.

³⁰⁹ BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 36; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 137-8.

³¹⁰ BARROSO, *Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 258; MORAES, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da Constituição*, p. 284.

³¹¹ ALMEIDA MELO, *Algumas Questões Objetivas Sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade*, p. 115-6; FIGUEIREDO, *Controle de Constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária*, p. 41.

³¹² BARROSO, *op. cit.*, 258; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 90-1.

³¹³ ALMEIDA MELO, *loc. cit.*

³¹⁴ FERREIRA FILHO, *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 91.

³¹⁵ CASTRO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos*, p. 25; Idem. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n^{os} 9.868 e 9.882/99*, p. 55.

³¹⁶ SIQUEIRA JÚNIOR, *loc. cit.*

nulidade dos atos emanados do Poder Público”³¹⁷. O efeito da inconstitucionalidade é “evitar não somente conseqüências futuras, como de apagar todas as conseqüências já produzidas pelo ato inconstitucional”³¹⁸. Todos os atos praticados com base na lei inconstitucional “estão igualmente eivados de iliceidade”³¹⁹ e todos os efeitos por ela produzidos devem ser fulminados³²⁰.

Mais: “[c]umpre fazer com que os efeitos eventualmente produzidos sejam apagados”³²¹; “[é] preciso apagar o passado e disso não deixar vestígios, restaurando-o sem máculas”³²²; “[t]odas as situações por ela produzidas deviam retornar ao *status quo ante*, como se a lei jamais tivesse existido”³²³, todos os efeitos que produziu devem ser desconsiderados³²⁴; “os efeitos da declaração devem ser totais e abrangentes da situação *sub judice* e das pretéritas”³²⁵.

Destaque-se que essa eficácia *ex tunc* opera-se “em qualquer hipótese — seja quando a declaração de inconstitucionalidade se verifica no sistema difuso, seja quando se dá no sistema concentrado —”³²⁶, “pouco importa se em sede da fiscalização concentrada ou difusa”³²⁷, ressalvando-se que, “com a produção de feitos *ex tunc e inter partes*, no primeiro caso, *ex tunc e erga omnes*, no segundo caso”³²⁸.

³¹⁷ BARROS, Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 258; SIQUEIRA JÚNIOR, loc. cit.

³¹⁸ CAMPOS, *Direito Constitucional*, p.439.

³¹⁹ JOBIM, A Reforma do Judiciário, p. 149; MENDES, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade.

³²⁰ BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 91-92.

³²¹ POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 111.

³²² *Ibidem*, p.111.

³²³ BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 253.

³²⁴ FRANCISCO, Natureza das normas e atos inconstitucionais, p. 630.

³²⁵ MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 109.

³²⁶ FIGUEIREDO, *Controle de Constitucionalidade*, p. 40.

³²⁷ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 87.

Deve-se observar, contudo, que a declaração de inconstitucionalidade produzirá “efeitos em momentos diversos consoante se trate de inconstitucionalidade originária ou de inconstitucionalidade superveniente”³²⁹. A eficácia da declaração de inconstitucionalidade também “operará *ex tunc*”³³⁰, mas o termo inicial será “não o da entrada em vigor da lei, mas, sim, o da ocorrência do fato superveniente gerador da inconstitucionalidade”³³¹.

Em especial, nesses casos, a decisão de inconstitucionalidade não possui efeito repristinatório da legislação que eventualmente haja sido revogada pela norma que posteriormente tornou-se inconstitucional³³².

Isso porque a norma foi válida e eficaz até o momento em que se verificou a circunstância que gerou a inconstitucionalidade (reforma constitucional, mutação constitucional ou alteração nas relações fáticas, que tenham repercutido na aplicação da Constituição ou da lei), tornando-se inválida apenas num segundo momento, após ver-se desprovida de seu fundamento de validade. Assim, “a declaração de inconstitucionalidade vem reportar-se a este momento e, porque não atinge o momento de criação da norma, não pode afectar o efeito revogatório que tenha determinado; donde, não haver repristinação”³³³.

1.2.6 A inadmissibilidade da denominada “Teoria Prospectiva”

³²⁸ Ibidem, p. 102.

³²⁹ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 392-3.

³³⁰ ZAVASCKI, Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, p. 113.

³³¹ Ibidem, p. 113.

³³² CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 256-8; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 256-393 passim.

³³³ MIRANDA, op. cit., p. 392-3.

Por fim, deve-se anotar que o Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, afirmou expressamente a impossibilidade de se adotar a chamada “Teoria Prospectiva”. Aponta-se que “se revela de todo inaplicável ao sistema de direito constitucional positivo nacional a chamada doutrina prospectiva”, pois, como diversas vezes reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, a decisão do Tribunal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, “é genérica, vinculante, obrigatória, além de retroagir, em seus efeitos e conseqüências, até o nascimento da própria norma impugnada”³³⁴. Desse modo, “a inconstitucionalidade superveniente jamais será, no sistema brasileiro, declarada com efeitos *ex nunc*”, de modo que “só produzisse efeitos a partir da decisão judicial”, uma vez que, no sistema brasileiro, “a declaração de incompatibilidade da norma inferior com a superior, seja qual for a sua qualificação específica, se reputa sempre declaração de nulidade, conseqüentemente, de efeitos *ex tunc*”³³⁵.

1.3 Perplexidades surgidas da nulidade da norma inconstitucional

1.3.1 A necessidade de se mitigar ou atenuar a concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional

Apesar de a doutrina predominante afirmar a nulidade, a invalidade, a inexistência e a ineficácia da norma inconstitucional, bem como a natureza declaratória e a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, diversos autores apontam que,

³³⁴ BRASIL. STF *ADIn* .513-8 – DF. Relator: Min. Célio Borja, 1991. Voto do Min. Celso de Mello.

³³⁵ BRASIL. STF *ADIn*. 2-1 – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

em determinados casos, seria necessário mitigar, atenuar, temperar essa concepção, especialmente diante das conseqüências a que elas conduziriam nos casos concretos.

Afirma-se que o Poder Judiciário deve considerar as conseqüências de suas decisões³³⁶, não lhe sendo dado “declarar mecanicamente a inconstitucionalidade de normas, atropelando direitos, valores e interesses de estatura constitucional superior”³³⁷. Cita-se a lição de OTTO BACHOF, no sentido de que “os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas”³³⁸ e de que, “[m]ais que juízes dos outros âmbitos da Justiça, pode e deve o juiz constitucional não perder de vista as conseqüências [...] de suas sentenças”, já que “[a]s decisões invalidatórias de uma lei podem ocasionar catástrofes, não apenas para o caso concreto, mas também para um invisível número de casos”³³⁹. Além disso, a doutrina recorda que “um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra — embora não sempre — um resultado juridicamente errado”³⁴⁰.

Apointa-se, então, que a definição da nulidade como conseqüência necessária da inconstitucionalidade da norma e a atribuição de eficácia retrooperante à decisão de inconstitucionalidade trazem “inegáveis dificuldades práticas”³⁴¹, “efeitos perversos”³⁴²

³³⁶ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 132-3; SARMENTO, Daniel. Eficácia do Controle de Constitucionalidade (o Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Interesses) das Leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 27-40, abr./jun. 1998. p. 36.

³³⁷ Idem. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 125-6.

³³⁸ MARTINS, *Controle de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 512.

³³⁹ CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 43.

³⁴⁰ MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 320; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 512.

³⁴¹ LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 184.

³⁴² RÊGO, Bruno Noura de Moraes. ADIn e ADC: comentários sobre a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 60, p. 36-67, set. 2000. p. 48.

e “uma série de inconvenientes”³⁴³; podem conduzir a “certa instabilidade nas relações jurídicas”³⁴⁴, a “realidades dramáticas”³⁴⁵, a “conseqüências indesejáveis”³⁴⁶ e a “situações verdadeiramente absurdas”³⁴⁷; podem “causar prejuízos à boa distribuição da Justiça”³⁴⁸ e revelar-se pouco adequadas “para certas situações que, embora imperfeitas sob o ponto de vista constitucional, exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta”³⁴⁹.

³⁴³ RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 128.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 130.

³⁴⁵ CASTRO, *loc. cit.*

³⁴⁶ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 542.

³⁴⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 18, n. 123, p. 9-15, abr. 1994. p. 14-5.

³⁴⁸ GUIMARÃES, *Constituinte e Controle de Constitucionalidade*, p. 151.

³⁴⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.923.

Afirma ZENO VELOSO:

A estas conseqüências nefastas é que leva a compreensão do direito alcançado sob os dogmas da pura lógica jurídica, debaixo de um frio raciocínio, aplicando-se, automaticamente, as sentenças venerandas dos Celso, Gaios e Papianos, como se se estivesse resolvendo uma operação aritmética, com os olhos vendados para a realidade social envolvente e os ouvidos surdos para a revolta, a angústia e a ansiedade dos que serão atingidos e punidos pela inflexível e desumana retroatividade da decisão.³⁵⁰

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manifesta sua preocupação em relação “ao radicalismo da doutrina americana ortodoxa de nulidade *ab origine* da norma declarada inconstitucional, que temos seguido, no Brasil, desde a adoção do controle difuso e incidente”, mas que, “na via do sistema concentrado e direto do controle, pode efetivamente gerar conseqüências gravíssimas”³⁵¹.

1.3.2 A insuficiência da concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional

Para demonstrar a insuficiência da concepção que vincula a inconstitucionalidade da norma a sua nulidade e para comprovar a necessidade de sua atenuação, cita-se o exemplo de uma lei que fixasse o salário mínimo nos exatos moldes do inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, mas que padecesse de um vício formal que a tornasse inconstitucional, questionando-se se, acaso, após o período de aplicação da lei, viesse ela a ser declarada inconstitucional, seria razoável que todos aqueles que tiveram seus salários aumentados em decorrência desta lei devolvessem os valores que haveriam sido recebidos indevidamente e se esta solução seria a que mais prestigiaria a ordem constitucional.

³⁵⁰ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 192.

³⁵¹ BRASIL. STF *ADI* 1.102-2 – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

Menciona-se, ainda, o exemplo de uma viúva, que, durante anos, houvesse recebido sua pensão com base em uma lei que posteriormente veio a ser declarada inconstitucional, ou de um servidor que tenha sido nomeado para um cargo criado por uma lei que depois veio a ser declarada inconstitucional, questionando-se se seria justo — e mesmo viável — que a viúva devolvesse todo o valor recebido a título de pensão e se todos os atos praticados pelo servidor fossem considerados inválidos e fosse ele obrigado a devolver os vencimentos percebidos³⁵².

Refere-se, também, ao caso de uma lei que haja determinado a concessão de uma gratificação específica, entregue de uma única vez aos servidores públicos de menor nível remuneratório, e que venha a ser posteriormente declarada inconstitucional, perguntando-se se seria possível exigir a devolução imediata dos valores recebidos, especialmente diante do fato de que aqueles que foram beneficiados pela gratificação muitas vezes sequer recebem mensalmente o suficiente para satisfazer suas necessidades básicas³⁵³.

Traz-se à colação, outrossim, casos como o de uma lei que tenha sido aplicada pacificamente por um longo período, ou de um funcionário eleito ou nomeado com base em uma lei que muito tempo depois venha a ser declarada inconstitucional, depois de ele haver exercido suas funções por um longo período, ou de alguém que tenha recebido

³⁵² GALLOTTI, A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos, p. 29.

³⁵³ ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 152-3.

uma pensão ou celebrado contrato, com base em lei posteriormente declarada inconstitucional, ou do Estado que tenha arrecadado um certo tributo por muitos anos³⁵⁴.

Todos esses exemplos demonstrariam que a concepção da nulidade da norma inconstitucional levaria o intérprete à perplexidade, revelando-se insuficiente do ponto de vista prático³⁵⁵ e exigindo temperamento e atenuação³⁵⁶.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é imune a essa sorte de questionamentos, admitindo a necessidade de, em certos casos, tendo em vista as circunstâncias fáticas, mitigar-se a concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional e da eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade³⁵⁷.

1.3.3 As situações de fato já consolidadas

Uma das justificativas para o temperamento ou atenuação da concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional seria a existência de situações de fato consolidadas.

A norma, ainda que inconstitucional, pode implicar o surgimento de efeitos no plano dos fatos e, neste, não há reversibilidade no tempo: os atos humanos que tenham

³⁵⁴ CAPPELLETTI, *O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4.

³⁵⁵ BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 114 e 117.

³⁵⁶ CAPPELLETTI, *O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 512.

³⁵⁷ BRASIL. STF RE 89.108-1 – GO. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Leitão de Abreu, Voto do Min. Décio Miranda, voto do Min. Carlos Thompson Flores; BRASIL. STF RE 95.356-5 – MT. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Leitão de Abreu; BRASIL. STF RE 103.619 – RJ. Relator: Min. Moreira Alves, 1980. Voto do Min. Oscar Corrêa.

sido praticados em razão da lei inconstitucional jamais deixarão de havê-lo sido e não haveria força capaz de dar concretude e eficácia a uma decisão judicial que pretendesse insurgir-se contra essa realidade³⁵⁸.

Podem haver situações definitivamente constituídas e consolidadas sob a égide da norma inconstitucional, sendo impossível fazê-las retroceder à situação original, a fim de eliminar todos os efeitos da norma inconstitucional³⁵⁹; eventualmente, os efeitos e conseqüências decorrentes da norma inconstitucional não podem e nem devem ser ignorados³⁶⁰, podem “ter-se petrificado socialmente”, devendo ser mantidos “para se evitar dano social maior”³⁶¹.

Esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que afirma, por exemplo, que, “criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou”, verifica-se uma circunstância excepcional, que aconselha a inalterabilidade da situação que se estabeleceu, não obstante a inconstitucionalidade da norma³⁶²; e que “a orientação do Supremo Tribunal tem sido no sentido de atender a tais situações cuja excepcionalidade aconselha encarar o problema mais sob o aspecto da finalidade social das leis do que de uma severa interpretação literal dos textos”³⁶³. Ou, ainda, que “exigências de ordem prática têm levado a uma atenuação da doutrina da eficácia ex tunc da declaração de

³⁵⁸ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 206, 277; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 192.

³⁵⁹ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 124; CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 88-103 passim; Idem. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 250-1; LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 202; MARTINS, Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal, p. 248; MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 625-6; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 103; TEIXEIRA, Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal, p. 34.

³⁶⁰ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 211, 217.

³⁶¹ ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 103.

³⁶² BRASIL STF RE 85.179 – RJ. Relator: Min. Bilac Pinto, 1977.

inconstitucionalidade, respeitando-se, assim, certos ‘efeitos consolidados’ produzidos por atos fundamentados em leis declaradas contrárias à Constituição”³⁶⁴. Ou, por fim, quando afirma que, ao se examinar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, não se pode ignorar que, “em sucedendo aplicação de lei inconstitucional, do fato eficaz, então verificado, pode resultar a emanção de certos efeitos, que, no tempo, por vezes, se tornam irreversíveis, ou dificilmente reversíveis”³⁶⁵.

Afirma-se, por outro lado, que, mesmo naqueles casos em que a situação surgida em decorrência da norma inconstitucional pudesse ser revertida, esta reversão não deveria ser admitida, porque a aplicação da norma inconstitucional “pode ter gerado atos e permitido a produção de fatos que têm que ser mantidos em alguns casos para que o benefício justo à sociedade, objetivamente apurado na espécie, não se comprometa ainda mais com o seu desfazimento total e retroativo às origens”³⁶⁶; ou porque “a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional”³⁶⁷.

A necessidade de se manter as situações consolidadas adquire ainda maior relevância quando se tem em conta que a norma inconstitucional pode haver sido aplicada durante um longo período, antes de ter sua inconstitucionalidade reconhecida, na medida em que, no ordenamento jurídico brasileiro a inconstitucionalidade é

³⁶³ BRASIL STF *RE 85.179* – RJ. Relator: Min. Bilac Pinto, 1977. Voto do Min. Bilac Pinto.

³⁶⁴ BRASIL. STF *RE 103.619* – RJ. Relator: Min. Moreira Alves, 1980. Voto do Min. Oscar Corrêa.

³⁶⁵ BRASIL. STF *Rep. 1.418-5* – RS. Relator: Min. Néri da Silveira, 1987. Voto do Min. Néri da Silveira.

³⁶⁶ ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 103.

³⁶⁷ ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 49-50.

imprescritível, pode ser argüida a qualquer tempo, e pode vir a ser reconhecida dezenas de anos após a edição da norma³⁶⁸.

1.3.4 A segurança jurídica

Afirma-se, ainda, que a concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional demonstra sua insuficiência naqueles casos em que suas conseqüências acabam por colidir com as exigências da segurança jurídica.

Isso porque as relações e situações jurídicas só poderão revestir-se da necessária certeza e estabilidade se as conseqüências de cada conduta forem previsíveis³⁶⁹. Essa segurança constitui um valor fundamental do Direito³⁷⁰.

Sendo assim, as conseqüências da inconstitucionalidade da norma e a eficácia da norma devem ser definidas de modo a não prejudicar aquele mínimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas³⁷¹.

Esse entendimento é adotado também pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que sustenta ser possível invocar diretamente “fundamento de segurança jurídica para impedir a repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre as

³⁶⁸ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 88; Idem. *A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 250-1; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 212-277 passim; GALLOTTI, *A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos*, p. 29; SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 103; Idem. *Eficácia do Controle de Constitucionalidade*, p. 28.

³⁶⁹ CASTRO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos*, p. 43.

³⁷⁰ MACHADO, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 14.

³⁷¹ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 124.

situações jurídicas concretas”, que “razões de segurança jurídica podem obstar à revisão do ato praticado com base na lei declarada inconstitucional” e que “razões de segurança jurídica podem revelar-se aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional”³⁷².

Força é reconhecer que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade pode colocar em risco a previsibilidade das conseqüências da conduta característica da segurança jurídica, na medida em que aquele que hoje age de acordo com o Direito não pode saber se, no futuro, seu comportamento não será considerado ilícito, por haver ele, na verdade, pautado sua conduta em uma norma inconstitucional³⁷³.

Afirma-se, então, que, nesses casos, as razões de segurança jurídica não de prevalecer, obstando-se a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade e o desfazimento dos fatos e atos ocorridos e praticados sob a égide da norma inconstitucional³⁷⁴.

Destarte, a preservação do princípio da segurança jurídica exige que se disponibilize mecanismos que permitam modular a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade³⁷⁵, o que significaria uma restrição da concepção da nulidade da inconstitucionalidade da lei.

³⁷² BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.

³⁷³ CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 37-8; GALLOTTI, A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos, p. 25; LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 184, 202; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 103; Idem, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 28.

³⁷⁴ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 92-3; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 308; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 99.

³⁷⁵ CASTRO, loc. cit.; CLÈVE Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 88; Idem. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 250-1.

E aqui se pode afirmar que a segurança jurídica não colide com a supremacia da Constituição, na medida em que a atenuação da eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, exigida pelo princípio da segurança jurídica, é imposta pela própria Constituição. “A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode ir dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária” e “o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça”, de modo que “quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material” e, neste caso, a segurança jurídica não se contrapõe à justiça, senão que “é ela a própria justiça” e “as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos”³⁷⁶.

1.3.5 A boa-fé

A concepção da nulidade da norma inconstitucional revelaria sua insuficiência também naqueles casos em que as conseqüências da inconstitucionalidade da norma acabassem por colidir com o princípio da boa-fé.

Aponta-se que o princípio da boa-fé obstará que se desconstituísse ou ignorasse relações jurídicas surgidas, desenvolvidas e consumadas com base na confiança depositada em normas presumidas ou aparentemente válidas e legítimas,

devendo-se atenuar a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para proteger e preservar os efeitos dessas relações jurídicas³⁷⁷.

Ecos desse entendimento são encontrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se afirma que:

[...] [a] tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.³⁷⁸

Também em nome da proteção da boa-fé, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal autorizou a manutenção da citação e penhora efetuadas por funcionário público que, sem ser oficial de justiça, desempenhou funções típicas do cargo, com base em designação promovida pelo Procurador-Geral do Estado de São Paulo, no exercício de competência que lhe havia sido atribuída por lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Representação, afirmando que “o funcionário, não autorizado, tinha a seu favor a presunção de legitimidade, porque havia uma disposição regulamentar estadual que previa tal atuação”³⁷⁹.

³⁷⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista do Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987. p. 47.

³⁷⁷ BITTENCOURT, *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 147; CLÈVE, *A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 251; Idem. Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 89-103 passim; LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 204; MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 125; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 128; TEIXEIRA, Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal, p. 34; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 192.

³⁷⁸ BRASIL. STF RE 95.356-5 – MT. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Leitão de Abreu.

³⁷⁹ BRASIL. STF RE 78.533-7 – SP. Relator: Min. Firmino Paz, 1981. Voto do Min. Décio Miranda.

Afirma, ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, se, no Direito Privado, “argüi-se a necessidade de proteger a boa-fé dos que tiveram como perfeito ou regular o ato, que se veio, posteriormente, a declarar nulo”, no Direito Público, “raciocina-se ‘com a presunção de legitimidade dos atos que, nessa esfera, são emanados’”³⁸⁰:

Deve-se, contudo, ter sempre em conta que, a partir da decisão de inconstitucionalidade, não há mais como se alegar a boa-fé³⁸¹.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que a atenuação da eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, diante da necessidade de se tutelar a boa-fé, pressupõe “a existência de situação jurídica formalmente constituída, com base em ato praticado, de boa-fé, sob lei que só posteriormente se declarou inconstitucional”³⁸².

1.3.6 A colisão com princípios fundantes do ordenamento jurídico

Anota-se, ainda, que a concepção de que a norma inconstitucional é nula e, em especial, a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade característica desta concepção poderiam colidir com outros princípios fundantes do ordenamento jurídico.

³⁸⁰ BRASIL. STF *Rep.* 1.418-5 – RS. Relator: Min. Néri da Silveira, 1988. Voto do Min. Néri da Silveira.

³⁸¹ RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 129.

³⁸² BRASIL. STF *RE* 95.356-5 – MT. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Leitão de Abreu.

Isso ocorreria naqueles casos em que, ao mesmo tempo em que a norma contrariasse determinada norma constitucional, sua supressão retroativa também implicasse lesão a uma outra norma constitucional³⁸³.

Nesses casos, autorizar-se-ia a manutenção dos efeitos da norma que violasse determinada norma constitucional em virtude de outras normas constitucionais, sob o argumento de que a desconstituição destes efeitos “violaria ainda mais a Constituição”, ampliando-se o exame da compatibilidade da norma com a Constituição, de modo que a verificação desta compatibilidade não se dá mais em relação apenas a esta ou àquela norma constitucional, mas em relação a toda a Constituição, e dessa análise resulta que a manutenção da norma é “mais conforme à Constituição do que declarar a sua nulidade”³⁸⁴.

Manifestação desse entendimento pode ser encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando este, julgando Medida Cautelar requerida em Ação Direta de Inconstitucionalidade que visava à declaração da inconstitucionalidade de Medida Provisória que reavaliou determinadas carreiras e cargos públicos, diante da alegação de que o ato normativo dissimulava um “mero reajuste geral da expressão monetária da remuneração do funcionalismo com exclusões discriminatórias”, afirmou que “o deferimento integral da suspensão cautelar da lei causaria, na realidade, um mal muito maior, privando a quase totalidade dos servidores públicos, civis e militares, da percepção imediata do reajuste que lhes foi concedido”³⁸⁵. Ou, ainda, quando, ao examinar-se a inconstitucionalidade de legislação municipal que fixava o número de vereadores, considerada inconstitucional diante da proporção entre vereadores e

³⁸³ SARMENTO, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 37.

³⁸⁴ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p. 287- 8.

população do Município estabelecida na Constituição, adota-se eficácia *pro futuro* para a decisão de inconstitucionalidade, afirmando-se que que “a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”³⁸⁶.

Entre as normas constitucionais que autorizariam a manutenção da eficácia da norma que contrariasse alguma norma constitucional estariam o princípio da razoabilidade³⁸⁷, o princípio do não-confisco³⁸⁸, a vedação do enriquecimento sem causa e a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados³⁸⁹.

³⁸⁵ BRASIL. STF *ADIn-MC 526-0* - DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1991. Voto do Min. Celso de Mello.

³⁸⁶ BRASIL. STF *RE. 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes; BRASIL. STF *MC em AC-QO 189-7* – SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2004. Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

³⁸⁷ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 92-3.

³⁸⁸ BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 121.

³⁸⁹ GILMAR FERREIRA MENDES afirma que a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados não se prestaria para autorizar a preservação das vantagens pagas a magistrados com base em uma lei inconstitucional, constituindo antes um artifício eminentemente retórico para que se mitigasse os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e que mais apropriado seria afirmar que “a retroatividade plena haveria de ser afastada com fundamento no princípio da segurança jurídica” (MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 308.).

No que tange à vedação do enriquecimento sem causa³⁹⁰, vale referir o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, em caso no qual restou verificado que o tempo de serviço computado para o cálculo de adicionais dizia respeito ao exercício cumulativo cargo público, em período em que tal acumulação era vedada pela Constituição, “a ilicitude constitucional da acumulação mostrou-se suficiente a afastar as conseqüências do ato praticado”, mas que essa conclusão “deve ser temperada, no campo da prestação dos serviços, ou seja, no que questionado o recebimento da remuneração por serviços prestados”³⁹¹, admitindo-se uma “irradiação de direitos limitada tão-só à contraprestação”, para se evitar a “infringência ao princípio do não locupletamento ilegítimo, por parte da entidade de direito público, que se beneficiou com o trabalho do prestador de serviço, embora a investidura ilegítima”³⁹².

Em relação à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, afirma o Supremo Tribunal Federal que “[a] irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados

³⁹⁰ Deve-se anotar que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a vedação do enriquecimento sem causa, não serve para justificar a manutenção de valores relativos a serviços que devem ser obrigatoriamente prestados pelo Poder Público, como é o caso daqueles serviços cuja prestação é custeada por meio de taxas. Nesse sentido, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando analisou a repetição de indébito relativa à tarifa de limpeza urbana, instituída por meio de Decreto, que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, em concreto tendo, a seguir, sua execução suspensa por meio de Resolução do Senado Federal. Anotou o parecer da Procuradoria-Geral da República, encampado pelo relator, que se afigurava “de todo improcedente o argumento de que, no caso de declaração de inconstitucionalidade de norma instituidora de tributo, não de subsistir alguns efeitos, ainda que como fato jurídico”. O parecer da Procuradoria-Geral da República rechaçou também o argumento de que a prestação de serviços custeada pela taxa então declarada inconstitucional corresponderia a “uma relação jurídica de direito privado, ou a um contrato de prestação de serviços (‘Dienstvertrag’)”, de modo que “tendo havido uma prestação de serviços, não haveria que se cogitar de devolução das importâncias cobradas a título de pagamento de tarifa, a despeito da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo em que ela se fundava”, porque, para acatá-lo, ter-se-ia que negar “a obrigatoriedade da execução do serviço por parte do Poder Público, atribuindo-se à taxa natureza puramente contraprestacional”. Isso porque, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral da República, acatado pelo relator, “a simples atividade estatal não autoriza a cobrança”, “[f]az-se mister a sua instituição por lei”, ressaltando-se que “a simples atuação estatal nos casos de serviços públicos propriamente ditos – não autoriza ou convalida a cobrança ou o pagamento do tributo, fazendo-se necessária a imposição da taxa através a lei” e que “não se pode reconhecer ao Poder Público direito de retenção das importâncias indevidamente cobradas sob o fundamento de uma eventual prestação de serviço”, na medida em que, “reconhecer tal direito de retenção ao ente tributante é fazer tábula rasa do princípio da reserva legal” (BRASIL. STF RE 103.619 – RJ. Relator: Min. Moreira Alves, 1980. Voto do Min. Oscar Corrêa.).

³⁹¹ BRASIL. STF RE. 121.501 – MG. Relator: Min. Marco Aurélio, 1995. Voto do Min. Marco Aurélio.

garante, sobretudo, o direito que já nasceu, e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo” e que “tal garantia supera o efeito ex-tunc da declaração de inconstitucionalidade da norma”³⁹³.

Ainda com base na irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, o Supremo Tribunal Federal considerou aplicável a lei estadual que previa sistema de remuneração de magistrados e fora declarada inconstitucional, no período anterior ao da declaração de inconstitucionalidade da referida lei³⁹⁴, afirmando que “declarada a inconstitucionalidade da retribuição ou acréscimo de índole vária — e, mais, sendo erga omnes os efeitos desta declaração —, não se devolve seu valor pecuniário já ingresso no patrimônio do assalariado, que é o juiz, e em geral já despendido”, uma vez que se deve “prestigar a irredutibilidade judiciária poupando seus detentores de restituir ao erário montante inconstitucionalmente pago”³⁹⁵.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma, ainda, que a garantia da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados “superaria o próprio efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma”³⁹⁶³⁹⁷.

³⁹² BRASIL. STF *RE. 121.501* – MG. Relator: Min. Marco Aurélio, 1995. Voto do Min. Néri da Silveira.

³⁹³ BRASIL. STF *RE. 121.501* – MG. Relator: Min. Marco Aurélio, 1995. Voto do Min. Carlos Madeira.

³⁹⁴ Faz-se expressa ressalva a que a garantia da irredutibilidade dos vencimentos deve ter seus efeitos limitados “ao período anterior à declaração de inconstitucionalidade”, em que se mantinha inquestionada a validade da norma que determinou o pagamento destes vencimentos em contrariedade ao disposto na Constituição, não sendo de se devolver os vencimentos recebidos até a data da declaração de inconstitucionalidade da norma. Tal garantia da irredutibilidade, contudo, não serviria para manter, no futuro, “uma metodologia retributiva, um dia proscrita pela Corte Suprema” (BRASIL. STF *RE 122.202-6* –MG. Relator: Min. Francisco Rezek, 1993. Voto do Min. Francisco Rezek.).

³⁹⁵ BRASIL. STF *RE 122.202-6* – MG. Relator: Min. Francisco Rezek, 1993. Voto do Min. Francisco Rezek.

³⁹⁶ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.

³⁹⁷ Anota-se, contudo, que, ao invés de se recorrer à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados para embasar o temperamento da eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, “[m]ais apropriado seria reconhecer que [...] a retroatividade plena haveria de ser afastada com fundamento no princípio da segurança jurídica, que, como se sabe, também entre nós é dotado de hierarquia

Também o princípio da proporcionalidade, autorizaria o temperamento da eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade, sempre que essa medida fosse exigida por outras normas constitucionais³⁹⁸.

1.3.7 As fórmulas de preclusão

Prosseguindo-se, afirma-se que a concepção da nulidade da norma inconstitucional não pode se sobrepor às fórmulas de preclusão erigidas a partir do princípio da segurança jurídica, como a coisa julgada ou a prescrição, que asseguram a proteção ao ato singular e autorizam a manutenção de atos ou fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma inconstitucional³⁹⁹⁴⁰⁰.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anota que se concede proteção aos atos singulares praticados com base na norma inconstitucional, “mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão”, de modo que, quando tais atos “não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”⁴⁰¹.

constitucional” (BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Mauricio Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.).

³⁹⁸ SARMENTO, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 28, 38.

³⁹⁹ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 99-100; MENDES, Controle de Constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã, p. 15; Idem. A Eficácia Erga Omnes das Decisões Proferidas em Controle Abstrato de Normas; Idem. *Jurisdição Constitucional*, p. 304-5; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 128.

⁴⁰⁰ GILMAR FERREIRA MENDES assinala que a submissão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade às fórmulas de preclusão indica que “a preservação dos efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário”, pois “[é] ele quem define, em última instância, a existência das fórmulas de preclusão, fixando *ipso jure* os próprios limites da idéia de retroatividade, contemplada no princípio da nulidade” (MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 306.).

⁴⁰¹ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Mauricio Corrêa, 2002 Voto do Min. Gilmar Mendes.

A coisa julgada, em especial, constitui um importante limite ou restrição à eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade⁴⁰². O posterior reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em que se haja fundado a decisão judicial transitada em julgado não prejudica sua autoridade e imutabilidade, não constituindo elemento autônomo e suficiente para sua revisão⁴⁰³⁴⁰⁴. Excetuam-se os casos de coisa julgada das sentenças penais baseadas em norma geral desfavorável ao réu, pois a revisão criminal pode ocorrer, no direito brasileiro, a qualquer momento⁴⁰⁵.

Assim, a coisa julgada fundada em norma inconstitucional só pode ser atacada por meio de ação rescisória ou de embargos à execução, no caso de execução de título judicial “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”, nas hipóteses previstas na legislação para esses

⁴⁰² CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 251; Idem. *Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Êgide*, p. 89; SARMENTO, *Eficácia do Controle de Constitucionalidade*, p. 34-5.

⁴⁰³ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 124; MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 547-8; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 34-5; TEIXEIRA, *Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal*, p. 34.

⁴⁰⁴ Cumpre destacar que, recentemente, instalou-se intensa discussão acerca do tema da coisa julgada inconstitucional. De um lado, estão aqueles que, como NELSON NERY JÚNIOR, adotam o entendimento acima exposto, não admitindo qualquer relativização da coisa julgada, nem mesmo em decorrência da inconstitucionalidade da norma em que se fundou a decisão judicial por ela acobertada, sob o argumento de que a negativa da intangibilidade da coisa julgada implica a negativa do próprio Estado Democrático de Direito e que a sentença de mérito transitada em julgado substitui todas as atividades do juiz e das partes praticadas no processo, constituindo norma particular e não norma geral (NERY JÚNIOR, *Ação Rescisória em Matéria Tributária*, p. 122, 127.) Do outro lado, postam-se aqueles que, como HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e ÂNGELO MIGUEL DE SOUZA VARGAS, afirmam que, em matéria de inconstitucionalidade, a coisa julgada não pode suplantar a lei, de modo que, se a lei não é imune aos efeitos da inconstitucionalidade, independentemente do tempo transcorrido desde o surgimento da inconstitucionalidade, também não poderá sê-lo a coisa julgada; que uma decisão que colide com a Constituição não se conforma como princípio da segurança jurídica, princípio que fundamenta a proteção à coisa julgada, e que não se pode colocar a coisa julgada acima da Constituição e dos Poderes (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. *O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, p. 9-53, set. 2005. p. 18-20; VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. *Coisa Julgada Inconstitucional e a Aplicabilidade da Ação Rescisória*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 197-226, jul./set. 2005. p. 208.).

procedimentos⁴⁰⁶. Decorrido o prazo para o ajuizamento da ação rescisória ou dos embargos à execução, a decisão judicial transitada em julgado não mais é afetada pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em que ela haja fundado-se⁴⁰⁷.

Destaca-se, no entanto, que o instituto da coisa julgada não configura ressalva específica à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade⁴⁰⁸, equiparando-se a coisa julgada fundada em norma inconstitucional, por exemplo, à coisa julgada desprovida de fundamento legal⁴⁰⁹⁴¹⁰.

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que a coisa julgada constitui um freio à eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, indicando que apenas por meio de ação rescisória, fundada no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, ou, mais recentemente, de embargos à execução, com fundamento na alteração promovida no Código de Processo Civil, pela Lei nº 11.232/2005, e na Consolidação das Leis do Trabalho, pela Medida Provisória nº 2.180-

⁴⁰⁵ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 251; Idem. Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 89.

⁴⁰⁶ BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 36; Idem. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 137-8; MENDES, *A Eficácia Erga Omnes das Decisões Proferidas em Controle Abstrato de Normas*, p. 306-7; SARMENTO, *Eficácia do Controle de Constitucionalidade*, p. 34-5; TEIXEIRA, *Do controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal*, p. 33; THEODORO JÚNIOR, *O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado*, p. 11.

⁴⁰⁷ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 251; Idem. Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 89; GALLOTTI, *A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos*, p. 31; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 280; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 129; SARMENTO, *Eficácia do Controle de Constitucionalidade*, p. 34-5; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 129.

⁴⁰⁸ GALLOTTI, loc. cit.

⁴⁰⁹ MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 552.

⁴¹⁰ HANS KELSEN anota que essa conclusão implica uma “uma limitação do princípio da legitimidade material das decisões judiciais”, na medida em que uma norma individual fixada pelo órgão aplicador do Direito pode valer, mesmo que a ela não corresponda uma norma geral, materialmente determinada, o que “conduz a um resultado que é o mesmo que uma autorização jurídico-positiva ao juiz para decidir casos concretos segundo seu arbítrio e especialmente segundo um princípio por ele tido como justo” (KELSEN, *Teoria Geral das Normas*, p. 317-9).

35, de 24 de agosto de 2001 — e enquanto tais procedimentos forem cabíveis —, pode-se desconstituir a decisão judicial fundada em norma inconstitucional, de modo que, não sendo a ação rescisória ou os embargos à execução ajuizados nos prazos adequados, a coisa julgada haverá de prevalecer, não obstante a decisão possua como fundamento norma inconstitucional⁴¹¹.

Também a prescrição e a decadência imporiam uma restrição às conseqüências advindas da adoção da concepção da nulidade da norma inconstitucional.

Isso porque, uma vez decorrido o prazo de prescrição ou decadência, o ulterior reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não afeta as situações que hajam se consolidado e nem autoriza a reabertura destes prazos⁴¹². Tanto que, se uma obrigação já foi cumprida, o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em que ela se fundava não autoriza a repetição, se o prazo de prescrição já houver se esgotado⁴¹³.

No que diz respeito à prescrição, o Supremo Tribunal Federal, em causa na qual se discutia a repetição de tributo recolhido indevidamente, já decidiu que “[d]eclarada inválida uma lei tributária, a conseqüência é a restituição das contribuições arrecadadas, salvo naturalmente as atingidas por prescrição”⁴¹⁴.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda, que a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade pode ser mitigada em função da preclusão,

⁴¹¹ BRASIL. STF *RE* 86.056 – SP. Relator: Min. Rodrigues Alckmin, 1977. Voto do Min. Rodrigues Alckmin; BRASIL. STF *RECL.* 148-2 – RS. Relator: Min. Moreira Alves, 1983. Voto do Min. Moreira Alves; BRASIL. STF *RE.* 197.917-8 – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.

⁴¹² RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 130.

⁴¹³ PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 175.

⁴¹⁴ BRASIL. STF *RE* 57.310 – PB. Relator: Min. Antonio Villas Boas, 1964.

afirmando que “o necessário ‘*caminhar progressivo do processo*’ [...] tem um de seus instrumentos eficazes na **preclusão**”, por meio da qual “a ordem legal obsta que o processo retorne a estádios já superados de seu movimento procedimental” e a “fase anterior do procedimento fica superada e o movimento processual se encaminha, através de outros atos, em direção ao instante final do processo”, de modo que “a decisão de cada uma das fases do procedimento ou o encerra definitivamente ou abre a fase seguinte, sempre, porém, sem jamais admitir o retorno à fase vencida”⁴¹⁵. Ressalva-se, no entanto, que a preclusão opera dentro do processo, de modo que, em princípio, não havendo se operado a coisa julgada, a matéria relativa à inconstitucionalidade dos atos processuais praticados pode vir a ser reexaminada em sede judicial⁴¹⁶.

1.3.8 A justiça material e a paz social

A doutrina aponta, ainda, que a concepção da nulidade da norma inconstitucional pode colidir com a justiça material e a paz social.

Afirma-se que a concepção segundo a qual a norma inconstitucional é nula pode conduzir à injustiça⁴¹⁷, que pode “causar um mal ainda maior do que o da permanência da lei viciada”⁴¹⁸, e, por isso, deveria comportar atenuações e exceções e

⁴¹⁵ BRASIL. STF *ADIn 1.254-1* – RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1999. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁴¹⁶ BRASIL. STF *ADIn 1.254-1* – RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1999. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁴¹⁷ BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 117-8; CLÈVE, *A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 250-1; Idem. Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 88, 103; GALLOTTI, A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos, p. 25; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 103; Idem. Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 28; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 99.

⁴¹⁸ BUSTAMANTE, op. cit., p. 117.

sofre abrandamentos, a fim de propiciar a realização da “justiça material”⁴¹⁹, da “justiça pragmática”⁴²⁰, da “justiça humana”⁴²¹.

Por conseguinte, em determinados casos, “razões de equidade e de justiça, recomendam a manutenção de certos efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional” e a justiça pode aconselhar “a permanência, no plano concreto, de determinados efeitos já produzidos”⁴²².

No que tange à paz social, a concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional pode trazer prejuízos a ela, na medida em que, como a lei surge com presunção de validade e pode ser aplicada por um lapso temporal razoável, a eficácia retroativa absoluta da decisão de inconstitucionalidade poderia colocar em risco a paz social e a ordem pública, causando intranquilidade, gerando um verdadeiro caos ou uma comoção social, ou dando margem a uma perigosa insegurança nas relações sociais e econômicas, desvirtuando a própria finalidade do Direito, que é a de satisfazer a necessidade de segurança e de estabilidade da sociedade, proporcionando harmonia na convivência social⁴²³.

⁴¹⁹ SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários Acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato de Constitucionalidade das Normas Tributárias, p. 158.

⁴²⁰ CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 26; Idem, Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n^{os} 9.868 e 9.882/99, p. 57.

⁴²¹ MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 112.

⁴²² CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Êgide, p. 91-3.

⁴²³ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 349-50; CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 124. FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 214-5, 278; GALLOTTI, *A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Seus Efeitos*, p. 25; GRINOVER, *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*, p. 20; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 99; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 191.

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que, se não se atenuasse a concepção acerca da eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, “ter-se-iam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas”⁴²⁴.

1.3.9 O risco de inação do Poder Judiciário

Alerta-se, por fim, para o risco de que a rigidez da concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional acabe por refrear o Poder Judiciário em sua atuação no controle da constitucionalidade das normas.

Com efeito, admitido que a nulidade é consequência necessária da inconstitucionalidade da norma, é compreensível que o Poder Judiciário, diante das consequências que desta nulidade adviriam, da necessidade de desfazer os atos praticados com base na norma inconstitucional e na ausência de um instituto que lhe permitisse estabelecer limites à decisão de inconstitucionalidade, atuasse com cautela no controle de constitucionalidade e mesmo deixasse de reconhecer a inconstitucionalidade da norma, para evitar essas consequências, que poderiam revelar-se demasiado gravosas e conduzir a situações de grande instabilidade ou efetiva comoção social, a efeitos nefastos ou a consequências financeiras vultosas para a Fazenda Pública⁴²⁵.

⁴²⁴ BRASIL. STF *RE 103.619* – RJ. Relator: Min. Moreira Alves, 1980. Voto do Min. Oscar Corrêa.

⁴²⁵ BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade: inaplicabilidade na fiscalização de normas de Direito Tributário, p. 114-8 *passim*; CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99, p. 44; CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 19; DELLA GIUSTINA, *Leis Municipais e Seu Controle Constitucional pelo Tribunal de Justiça*, p. 133; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 318. JOBIM, A Reforma do Judiciário, p. 150; MENDES, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; MIRANDA, Teoria do Estado e da Constituição, p. 512; SARMENTO, A Eficácia temporal das

Esse risco é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que afirma que a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade pode “levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado”⁴²⁶ e que a não aceitação do “pronunciamento prospectivo” pode fazer com que se deixe de declarar a inconstitucionalidade “de um número elevado de leis”, criando-se “um estado de *greater restraint*”⁴²⁷.

1.3.10 A necessidade de se admitir que as conseqüências da inconstitucionalidade da norma e a eficácia da decisão de inconstitucionalidade sejam adequadas às peculiaridades do caso concreto

Diante da insuficiência imputada à concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional, a doutrina conclui que não se pode adotar uma regra única para as conseqüências da inconstitucionalidade da norma, devendo a solução ser encontrada no caso concreto.

E também a jurisprudência do Supremo Tribunal afirma que “[i]mporta considerar, entretanto, em concreto, por sua vez, em cada caso, a eventual impossibilidade de se desfazerem, total ou parcialmente, certos efeitos secundários dessas relações jurídicas, tornadas insubsistentes, resultantes da aplicação de lei

decisões no controle de constitucionalidade, p. 125-6.

⁴²⁶ BRASIL. STF *ADIn 1.102-2* – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁴²⁷ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.

inconstitucional”⁴²⁸. Manifesta-se, ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não constituiria afronta ao ordenamento constitucional “exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos”⁴²⁹, devendo-se permitir ao Tribunal “a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal protrair o início da eficácia *erga omnes* da declaração”⁴³⁰.

Assinala-se que se deve “fugir do rigorismo técnico-jurídico, das posições inflexíveis e dogmáticas”⁴³¹ e considerar “as conseqüências práticas e políticas, a justiça do caso concreto, permitindo que o Tribunal, com prudência e cautela, exerça um poder normativo, determinando a eficácia da decisão a respeito da inconstitucionalidade”⁴³². Afirmar-se, ainda, que seria “pouco inteligente (para dizer o mínimo) estabelecer-se uma regra única para todas as decisões que reconhecerem, no mérito, uma norma jurídica inconstitucional”⁴³³. Ajunta-se que “[a]s peculiaridades de cada situação desautorizam rigores lógicos absolutos em sede de controle abstrato de constitucionalidade: soluções simplistas à base do ‘tudo ou nada’ não satisfazem as nuances da realidade”⁴³⁴. Sustenta-se que “[o] que deve ser tido como boa norma é que radicalismos em relação aos efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* da sentença de inconstitucionalidade devem ser abandonados para que haja uma visão mais realista do problema”⁴³⁵. Isso porque a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias, de modo que, se é certo que se

⁴²⁸ BRASIL. STF *Rep. 1.418-5* – RS. Relator: Min. Néri da Silveira, 1988. Voto do Min. Néri da Silveira.

⁴²⁹ BRASIL. STF *ADIn 1.102-2* – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Maurício Corrêa.

⁴³⁰ BRASIL. STF *ADIn 1.102-2* – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁴³¹ VELOSO, Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, p. 188.

⁴³² *Ibidem*, p. 188

⁴³³ MOTTA FILHO, *Controle de Constitucionalidade*, p. 95.

⁴³⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 282.

deve manter a coerência dos postulados teóricos e doutrinários, não é menos certo que isso não autoriza que se despreze as exigências e os desafios que a experiência impõe às condutas humanas e às categorias jurídicas⁴³⁶. A única solução capaz de atender às diversas necessidades do mundo dos fatos é aquela que permite a variação dos efeitos em face da particularidade de cada caso⁴³⁷.

Alerta-se, ainda, que, diante de uma Constituição “dirigente e compromissória como a Carta de 1988”, sob a qual a legislação vem sendo produzida de forma anárquica e inflacionária, o controle de constitucionalidade suscitará problemas cuja solução nem sempre se coadunará com aquela que resultaria da aplicação da concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional e da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, sendo necessário que se flexibilize esse dogma, admitindo-se que o Poder Judiciário possa atenuar as conseqüências da inconstitucionalidade, sempre que as circunstâncias da vida e os valores constitucionais o exigirem⁴³⁸.

Deve-se, então, adotar critérios de “pragmaticismo e elasticidade”⁴³⁹, assegurando ao Poder Judiciário uma “discrição jurisdicional”⁴⁴⁰, uma certa “margem de manobra”⁴⁴¹, para, diante das peculiaridades de cada caso, definir quais as conseqüências da inconstitucionalidade da norma e a eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade⁴⁴², o que deverá ser feito mediante a aplicação do princípio da

⁴³⁵ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 213-4, 278.

⁴³⁶ CLÈVE, *Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide*, p. 89.

⁴³⁷ BUSTAMANTE, *A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 117-8.

⁴³⁸ SARMENTO, *Eficácia do Controle de Constitucionalidade*, p. 40.

⁴³⁹ CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, p. 122-4.

⁴⁴⁰ CASTRO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos*, p. 38-9.

⁴⁴¹ SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 125-6.

⁴⁴² BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 310; CASTRO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos*, p. 38-9; MOTTA FILHO, *Controle de Constitucionalidade*, p.

proporcionalidade ou do devido processo legal substantivo e a ponderação e acomodação dos interesses envolvidos⁴⁴³, desenvolvendo-se um “juízo prudencial e harmonizador”⁴⁴⁴, sopesando-se os valores e conciliando-se normas constitucionais para “construir uma decisão judicial comprometida com a justiça, com equidade e com a razão”⁴⁴⁵.

Esse entendimento encontra eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Foi o que se viu quando, ao discutir se, sob o pálio da Constituição Federal de 1988, continuaria sendo aplicável a Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal, que previa que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”, e, em especial, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal que alterava a interpretação até então adotada para o dispositivo constitucional que estabelece as competências da Corte, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão relativa a saber se, não havendo ocorrido qualquer alteração no texto da Constituição, sendo cassada a súmula, estar-se-ia afirmando que a Constituição não agasalhava a interpretação até então adotada e, em consequência, todos os processos que se iniciaram na vigência da Constituição de 1988, haveriam tramitado perante juiz incompetente e, mais, seriam nulos, uma vez que a denúncia haveria sido oferecida perante o Supremo Tribunal Federal, que seria incompetente.

Resolvendo Questão de Ordem, o Supremo Tribunal Federal decidiu cancelar a

95; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 125-6; SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários Acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato de Constitucionalidade das Normas Tributárias, p. 157-8.

⁴⁴³ MOTTA FILHO, loc. cit.; SARMENTO, loc. cit.; SILVA, op. cit., 157.

⁴⁴⁴ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Êgide, p. 103.

Súmula nº 394, decidindo que “continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula nº 394, enquanto vigorou” e que a decisão então proferida teria efeito *ex nunc*⁴⁴⁶, afirmando-se que essa conclusão decorreria do princípio da razoabilidade⁴⁴⁷ e que a própria jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, matriz da doutrina da nulidade da norma inconstitucional e da eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, já haveria, várias vezes, atenuado “o efeito *ex tunc* das alterações jurisprudenciais sem mudança formal da Constituição”, de modo que, “não obstante a virada da jurisprudência”, “mantêm-se válidos não só os julgamentos definitivos, com base nela proferidos, mas os atos já praticados nos processos em andamento, que se remeterão, no estado em que se encontrem, aos juízos aos quais, segundo a nova orientação, tocar o seu processamento”⁴⁴⁸. Reconheceu-se, ainda, que a solução adotada “é antes de política judiciária”⁴⁴⁹.

Outro exemplo desse posicionamento é a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que se discutiu, em sede de controle difuso de constitucionalidade em concreto, a constitucionalidade de legislação municipal que fixa o número de vereadores, diante da proporcionalidade, estabelecida na Constituição, entre o número de vereadores e a população⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁴⁶ BRASIL. STF *INQ 687-4* - SP. Relator: Min. Sydney Sanches, 1999.

⁴⁴⁷ BRASIL. STF *INQ 687-4* - SP. Relator: Min. Sydney Sanches, 1999. Voto do Min. Marco Aurélio.

⁴⁴⁸ BRASIL. STF *INQ 687-4* - SP. Relator: Min. Sydney Sanches, 1999. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁴⁴⁹ BRASIL. STF *INQ 687-4* - SP. Relator: Min. Sydney Sanches, 1999. Voto do Min. Néri da Silveira.

⁴⁵⁰ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002; BRASIL. STF *RE 300.343-7* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2004; BRASIL. STF *MC em AC-QO 189-7* - SP. Relator: Min. Gilmar Menders, 2004.

Afirma-se que esses casos constituem “[s]ituação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”, de modo que, em nome do princípio da segurança jurídica e da prevalência do interesse público, deve-se “assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade”⁴⁵¹, explicitando-se que “a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral”⁴⁵².

Analisando as circunstâncias dos casos postos nos autos, afirmou-se, ainda, que uma “eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente”, pois atingiria tanto “decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal”, como “decisões tomadas posteriormente ao pleito”, aí incluída “a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados”⁴⁵³. Postulou-se, ademais, que “[a] declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade”⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002; BRASIL. STF *RE 300.343-7* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2004.

⁴⁵² BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.

⁴⁵³ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002; BRASIL. STF *MC em AC-QO 189-7* - SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2004. Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

⁴⁵⁴ BRASIL. STF *RE 300.343-7* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2004. Voto do Min. Maurício Corrêa.

Concluiu-se, por isso, fazer-se presente “excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão-somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigentes em nome da segurança jurídica”⁴⁵⁵ e que “um juízo rigoroso de proporcionalidade recomenda a preservação do modelo legal existente na atual legislatura”, na medida em que “a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”⁴⁵⁶.

Destaca-se, contudo, que ao limitar as conseqüências da inconstitucionalidade da norma ou a eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade, o Poder Judiciário deve “atuar com extremo cuidado e circunspeção”⁴⁵⁷.

Além disso, as decisões de inconstitucionalidade que atenuem a concepção da nulidade da norma inconstitucional devem estar devidamente motivadas, já que está é uma das principais garantias do jurisdicionado⁴⁵⁸. Sublinha-se que essa motivação não poderá ser uma motivação qualquer, exigindo-se que as decisões de inconstitucionalidade estejam racionalmente fundamentadas, que o órgão jurisdicional, ao proferi-las, haja se pautado pelas regras da racionalidade e seja capaz de demonstrar o itinerário racional percorrido⁴⁵⁹. E não se pode admitir que o Poder Judiciário, passando por cima da Constituição, construa sua decisão a partir de um resultado desejado ou presumido⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ BRASIL. STF *RE 300.343-7* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2004. Voto do Min. Maurício Corrêa.

⁴⁵⁶ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes; BRASIL. STF *MC em AC-QO 189-7* - SP. Relator: Min. Gilmar Menders, 2004. Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

⁴⁵⁷ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 189.

⁴⁵⁸ BARROSO, Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 242.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 242; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 517

⁴⁶⁰ MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 320; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 512.

Mais: não se admite que o Poder Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, abandone seu papel fundamentalmente jurídico e profira a decisão com base em valorações políticas ou em seu senso de justiça⁴⁶¹. No Estado de Direito, “as decisões judiciais são atos de aplicação da ordem jurídico-constitucional, e não pura manifestação da vontade arbitrária das autoridades investidas de poder estatal de dizer o direito”⁴⁶² e “não há lugar para oráculos ou decisionismos”⁴⁶³.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que, estando em jogo “princípios como o da supremacia da Constituição, da separação dos Poderes e das prerrogativas deles em sua esfera de competência”, “não se podem apresentar soluções com base em critério meramente pragmático”, sendo mister que haja “um fundamento jurídico, para decidir”⁴⁶⁴.

Não há como se aceitar que a decisão eventualmente voluntarista ou intuitiva do legislador seja substituída por uma decisão igualmente voluntarista e intuitiva do órgão jurisdicional, sem se colocar em risco a própria legitimação do controle jurisdicional de constitucionalidade⁴⁶⁵, tendo em vista que, carente de fundamento jurídico, a decisão do Poder Judiciário não poderia sequer se escorar em uma pretensa legitimidade popular.

⁴⁶¹ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 133; Idem, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 36; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 189

⁴⁶² SARMENTO, loc. cit.

⁴⁶³ Ibidem, p. 133.

⁴⁶⁴ BRASIL. STF *Rep. 980* – SP. Relator: Min. Moreira Alves, 1979. Voto do Min. Moreira Alves.

⁴⁶⁵ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de*, p. 517; Idem. *Controle de Constitucionalidade*, p. 27.

1.4 Outras Concepções acerca da Norma Inconstitucional

1.4.1 A existência de outras concepções acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade

Apesar de ser largamente dominante a concepção de que a norma inconstitucional é nula, inválida, inexistente e ineficaz, e que a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia declaratória e *ex tunc*, a doutrina brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conhecem outras concepções acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade.

1.4.2 A norma inconstitucional é existente e nula

Afirma-se, por exemplo, que a norma inconstitucional é nula, mas, não obstante, existente: “existe anormalmente: *nulamente é*”⁴⁶⁶; a norma contrária à Constituição “é, posto que nulamente seja”⁴⁶⁷. A existência de um ato do Poder Público, ainda que marcado por alguma irregularidade, é suficiente para que a norma exista; apenas se não houvesse ato do Poder Público é que a norma não existiria⁴⁶⁸. Aponta-se,

⁴⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 593; Idem, *Comentários à Constituição de 1946*, p. 417.

⁴⁶⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 593, 595; Idem, *Comentários à Constituição de 1946*, p. 418-9.

⁴⁶⁸ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 495*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. 4, p. 62-3.

ainda, que o nulo, por existir, pode possuir todos ou algum efeito⁴⁶⁹. A consequência da nulidade da norma inconstitucional seria, então, a possibilidade de que ela seja desconstituída⁴⁷⁰. Veja-se que essa necessidade de que a norma inconstitucional seja desconstituída reforça sua existência, uma vez que, apenas se de ato inexistente se tratasse, poder-se-ia falar em mera declaração dessa inexistência⁴⁷¹.

Como a norma contrária à Constituição existe, a decisão acerca da inconstitucionalidade da norma não é uma decisão acerca de sua existência, mas sim sobre sua validade, sendo, por conseguinte uma decisão constitutiva negativa, análoga a uma decisão que tenha por objeto um ato jurídico nulo⁴⁷². Para que a decisão de inconstitucionalidade fosse declaratória, seria necessário que a norma inconstitucional não existisse, de modo que o órgão julgador pudesse dizer: “‘Não existe’; e a eficácia seria a de toda decisão declarativa”⁴⁷³.

1.4.3 A norma inconstitucional é anulável

Outra concepção acerca das consequências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade é aquela que adota a doutrina de HANS KELSEN, afirmando não ser a norma inconstitucional nula, mas anulável.

⁴⁶⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 593; Idem. *Comentários à Constituição de 1946*, p. 417.

⁴⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 58.

⁴⁷¹ GRECO, *Inconstitucionalidade da Lei Tributária*, p. 34; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 62-3.

⁴⁷² GRECO, *Inconstitucionalidade da Lei Tributária*, p. 33-4; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 62; Idem. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 591, 595; Idem. *Comentários à Constituição de 1946*. p. 414-9 passim.

⁴⁷³ Idem. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 593; Idem, *Comentários à Constituição de 1946*, p. 417.

Afirma-se que as normas inconstitucionais não são nulas, mas simplesmente anuláveis; que não são inválidas, mas sim possuem uma “especial validade”, que se caracteriza pela existência de um processo específico de invalidação, em que a invalidade da norma pode ser declarada por um órgão, diferente daquele que a produziu, e pela possibilidade de a norma ver-se privada de sua eficácia em virtude de um processo previsto pela própria Constituição para anular as normas que a desrespeitem, de modo que a inconstitucionalidade decorre de “uma sanção imposta pelo órgão competente”⁴⁷⁴.

Afirma-se que os atos legislativos, ao serem editados, gozam de uma presunção de constitucionalidade, que só pode ser elidida pela decisão do órgão responsável pelo controle de constitucionalidade; que é inegável que a norma jurídica anulada existiu e produziu efeitos até ser fulminada pela decisão que reconheceu sua inconstitucionalidade; e que a norma inconstitucional opera, eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida, até que sua inconstitucionalidade seja decretada⁴⁷⁵.

Sustenta-se, ainda, que a norma inconstitucional jamais poderia ser considerada como nula ou inexistente *ab initio*, uma vez que a norma jurídica tem sempre validade, de modo que ela não pode ser nula, podendo apenas ser anulada⁴⁷⁶.

Logo, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma é constitutiva

⁴⁷⁴ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 348-9; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 275-7.

⁴⁷⁵ BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 115; FERRARI, *op. cit.*, p. 275.

negativa, “criando, a partir de então, efetivamente, uma nova realidade, que é a da sua invalidade, por estar em desconformidade com a norma fundamental do sistema jurídico”⁴⁷⁷. Em virtude de sua eficácia constitutiva, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade se fazem sentir *ex nunc*⁴⁷⁸. Não obstante, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade podem retroagir à data da edição da norma inconstitucional, pois a eficácia constitutiva da decisão de inconstitucionalidade não determina, de forma necessária, que seus efeitos possam existir somente após a data da sentença, na medida em que a anulabilidade da norma inconstitucional não exclui a possibilidade da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, já que a anulabilidade, possuindo graus, possibilita a existência de uma anulação com força retroativa⁴⁷⁹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de entendimento no sentido de que a norma inconstitucional não é nula, mas apenas anulável, citando, em inúmeras oportunidades, a referência contida no *Corpus Juris Secundum*, no sentido de que, ao lado da posição dominante, que afirma a nulidade e a ineficácia da norma inconstitucional, tem-se sustentado que “a lei inconstitucional não é nula mas somente anulável”⁴⁸⁰. Recorre-se, ainda, à lição de HANS KELSEN, no sentido da anulabilidade, e não nulidade, da norma inconstitucional, e da eficácia constitutiva, e não declaratória, da decisão de constitucionalidade, na medida em que a norma inconstitucional só poderia ser considerada nula a partir da decisão de inconstitucionalidade, que, reconhecendo que a norma preenche os requisitos

⁴⁷⁶ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 276; ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 82-3.

⁴⁷⁷ FERRARI, op. cit., p. 211; ROSAS, loc. cit.

⁴⁷⁸ ROSAS, op. cit, p. 82-3, 275-6.

⁴⁷⁹ FERRARI, op. cit., p. 195, 212.

determinados pela ordem jurídica para que seja reconhecida sua nulidade, anula a norma, ainda que com eficácia retroativa⁴⁸¹. Afirma-se, ademais, ser razoável o entendimento de que a norma inconstitucional constitui “ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade”⁴⁸².

1.4.4 A norma inconstitucional é nula e eficaz

Outra concepção chega a um resultado análogo, partindo da distinção entre a pertinência da norma a um determinado ordenamento jurídico e a validade da norma neste ordenamento jurídico⁴⁸³. As normas pertencem ao ordenamento jurídico quando foram postas por um órgão previsto direta ou indiretamente na Constituição, podendo retrotrair imediata ou mediata ao núcleo normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos de produção jurídica⁴⁸⁴. Desse modo, as normas podem pertencer invalidamente ao sistema jurídico, quando, não obstante hajam sido postas pelo órgão ou fato costumeiro previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário, não regressam regularmente ao complexo normativo originário, por não satisfazerem completamente aos demais requisitos formais ou às exigências substanciais de produção normativa⁴⁸⁵. “Neste caso, o suporte fático do ato normativo é suficiente (há manifestação de vontade normativa do órgão a que o sistema atribui função de produzir

⁴⁸⁰ BRASIL. STF RE. 79.343 – BA. Relator: Min. Leitão de Abreu, 1977. Voto do Min. Leitão de Abreu; BRASIL. STF RE 89.108-1 – GO. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Cunha Peixoto; BRASIL. STF Rep. 1.418-5 – RS. Pleno. Relator: Min. Néri da Silveira, 1988. Min. Néri da Silveira.

⁴⁸¹ BRASIL. STF RE. 79.343 – BA. Relator: Min. Leitão de Abreu, 1977. Voto do Min. Leitão de Abreu.

⁴⁸² BRASIL. STF RE. 79.343 – BA. Relator: Min. Leitão de Abreu, 1977. Voto do Min. Leitão de Abreu.

⁴⁸³ NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 42-3.

⁴⁸⁴ NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 25, 43.

⁴⁸⁵ NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 44.

normas), mas deficiente (há irregularidades em outros aspectos do processo de elaboração normativa e/ou em relação ao conteúdo da norma)”⁴⁸⁶.

O desrespeito às “regras de admissão” do ordenamento jurídico pode se dar, então, em diversos graus, dependendo do nível de deficiência do suporte fático do ato normativo, segundo o qual pode verificar-se a nulidade ou a anulabilidade. Há nulidade, quando a gravidade da deficiência do suporte fático do ato normativo implicar a impossibilidade da convalidação da norma e a eficácia *ex tunc* da decretação de sua invalidade; haverá anulabilidade, quando a deficiência do suporte fático for menos grave, admitindo a convalidação da norma e atribuindo apenas eficácia *ex nunc* ao ato desconstitutivo da norma inválida. Afirma-se, contudo, que, no caso de nulidade, a eficácia *ex tunc* do ato desconstitutivo da norma inválida é relativa, existindo situações intermediárias, como naqueles casos em que o ato desconstitutivo tem eficácia *ex tunc* (característica da anulabilidade), mas não se admite a convalidação (característica da nulidade), ou vice-versa⁴⁸⁷.

De acordo com essa concepção, não obstante se reconheça que a Constituição possui “supremacia hierárquica sobre os demais subsistemas que compõem o ordenamento, funcionando como fundamento de pertinência e critério de validade dos subsistemas infraconstitucionais”, afirma-se que “o sistema jurídico reconhece a possibilidade de incompatibilidade entre normas legais e constitucionais”, na medida em que, admite “a pertinência inválida (defeituosa) de normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão”, de modo que a supremacia da Constituição seria apenas relativa⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 44.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 45.

⁴⁸⁸ NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 63-76 passim.

A norma inconstitucional é, então, “norma pertinente invalidamente ao ordenamento jurídico estatal”; é inválida, “por não retrotrair perfeitamente ao complexo normativo originário”, “porque dele não deriva regularmente”, por não se conformar “a todas as ‘regras de admissão’ contidas na Constituição, sejam as referentes ao procedimento de elaboração legislativa (aspecto formal), ou as concernentes (direta ou indiretamente, positiva ou negativamente) ao conteúdo das normas legais (aspecto material)”⁴⁸⁹.

Assim, a norma inconstitucional “é norma pertencente ao ordenamento jurídico, inválida (nula ou anulável) e, com certas restrições, juridicamente eficaz, enquanto não se profira decisão que a expulse definitivamente do sistema jurídico”⁴⁹⁰. Observa-se, ainda, que a norma pertinente inválida “permanecerá no sistema enquanto não seja expulsa por invalidade através de ato normativo específico de órgão do sistema, ou não ocorra a sua revogação”⁴⁹¹.

Uma outra concepção é adotada por aqueles que separam o plano da validade do plano da eficácia, afirmando que esta pode existir sem aquela. Reconhe-se ser a norma inconstitucional inválida, mas por ser a inconstitucionalidade “um vício do plano da validade (relação de compatibilidade com a Constituição)”, “não plano da vigência ou da eficácia da lei”, e como “os momentos da validade e da vigência podem descoincidir”, admite-se que “a lei pode ter sido editada em desconformidade com a Constituição, mas ter sido publicada, estando ela vigente e eficaz, produzindo efeitos”, vale dizer, os “atos legislativos podem ser inválidos no plano de sua compatibilidade com o paradigma obrigatório (a Constituição) e estar, ao mesmo tempo, vigendo e

⁴⁸⁹ Ibidem, p. 80-1.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 85.

⁴⁹¹ NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 44.

produzindo efeitos práticos”, ou, ainda: a “norma pode ser inconstitucional (inválida em sua conformação intrínseca), mas vigente e eficaz (!)”⁴⁹².

Afirma-se, ainda, que a nulidade é uma sanção a ser aplicada à norma inconstitucional, podendo, no entanto, ser absoluta ou relativa. Assim, a norma inconstitucional poderá ter sua nulidade declarada pelo Tribunal “com a cassação global, quer dos efeitos passados, *ex tunc*, inclusive o efeito de revogar a legislação anterior contrária, quer da eficácia presente e futura, *ex nunc*” ou mesmo “sem sanção alguma, durante certo tempo, preservados os efeitos pretéritos, presentes e, até certo limite, futuros da lei inválida”⁴⁹³.

Anota-se, ademais, que “[a] decisão de inconstitucionalidade tem natureza desconstitutiva ou constitutivo-negativa”, uma vez que a imposição da sanção de nulidade “decorre do provimento judicial”, que “cassa a eficácia presente e futura da lei, bem como os efeitos passados”⁴⁹⁴.

⁴⁹² PALU, *Controle de Constitucionalidade*. p. 159, 163.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 165-6.

⁴⁹⁴ PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 165-6.

1.4.5 A nulidade da norma inconstitucional enquanto princípio

Outra concepção atribui à nulidade da norma inconstitucional a natureza de princípio constitucional implícito⁴⁹⁵.

Observa-se, no entanto, que o princípio da nulidade da norma inconstitucional é apenas um dos princípios constitucionais⁴⁹⁶ e que há outros princípios constitucionais, que podem exigir cumprimento e observância no juízo concreto, no sentido de exigir a manutenção dos efeitos produzidos sob a égide da norma inconstitucional⁴⁹⁷. Vale dizer: pode ocorrer que, “ao se tentar imprimir o efeito *ex tunc* à decisão que considerou inconstitucional um ato, retirando-o do mundo jurídico, o princípio da nulidade se depare com outro princípio constitucional, que vá contra a essa anulação”⁴⁹⁸.

Nesses casos, em que, ao se determinar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre as situações concretas nascidas sob a égide da lei inconstitucional,

⁴⁹⁵ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 103; LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 186, 198; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 303-4; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 95; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 136.

⁴⁹⁶ CLÈVE, loc. cit.

⁴⁹⁷ CLÈVE, op. cit., p. 91; LIMA, op. cit., p. 204; PIMENTA, loc. cit.

⁴⁹⁸ LIMA, op.cit., p. 200.

o princípio da nulidade da norma inconstitucional colide com outros princípios constitucionais, deve-se desenvolver um juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade⁴⁹⁹, colocando-se, de um lado da balança, o princípio da nulidade da norma inconstitucional, e, do outro, os outros princípios constitucionais que poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e que postulam a manutenção dos efeitos surgidos sob a égide da norma inconstitucional⁵⁰⁰, a fim de se determinar qual deles, no caso concreto, deve prevalecer⁵⁰¹.

Afirma-se, ainda, que “deve ser concedida certa ‘margem de manobra’ ao Judiciário”, para que ele possa “buscar, em vista das peculiaridades da situação concreta, uma solução que acomode, na medida do possível, os interesses em disputa, sem ter de sacrificar integralmente algum deles em detrimento do outro”⁵⁰². Aplica-se, então, o “método da ponderação de interesses”, “que exige, por parte do operador do direito, um labor de otimização, de modo que a compreensão a cada interesse constitucional em jogo seja a mínima necessária para a salvaguarda do interesse antagônico”⁵⁰³, devendo-se “assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação”⁵⁰⁴.

Em alguns casos, estes outros princípios constitucionais poderão prevalecer sobre o princípio da nulidade da norma inconstitucional, podendo, então, o Poder

⁴⁹⁹ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide; LIMA, , Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 186; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 303-4; PIMENTA, op. cit., p. 93-6; SARMENTO, loc. cit.

⁵⁰⁰ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 136.

⁵⁰¹ LIMA, op.cit., p. 200.

⁵⁰² SARMENTO, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 37.

⁵⁰³ Ibidem, p. 37.

⁵⁰⁴ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 96.

Judiciário modular ou restringir tais efeitos, a fim de manter certos efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional⁵⁰⁵.

Alerta-se que o princípio da nulidade da lei inconstitucional só poderá ser afastado “se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional”⁵⁰⁶. De qualquer forma, a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional demanda a existência de um “fundamento constitucional próprio”, jamais se contentando com considerações de política judiciária⁵⁰⁷.

Observa-se, ademais, que, se “for ‘dada preferência’ a outro que não o princípio da nulidade, determinando o efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida”⁵⁰⁸, em nada restará prejudicada “a pretensão de eficácia da Constituição nem sua força normativa”⁵⁰⁹. Especialmente, porque “o ‘outro’ princípio constitucional que prevalecer, também estará realizando a eficácia normativa da Constituição, já que desta é parte integrante” e que “sua prevalência é [...] uma exigência da Constituição que possui em seu corpo normativo o princípio da proporcionalidade”⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 91, 103; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 303-4; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 93-4; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 136-7.

⁵⁰⁶ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 363-4.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 363-4.

⁵⁰⁸ LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 185, 200.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 185, 200.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 185-6, 200.

Sustenta-se, então, que “o princípio da proporcionalidade autoriza uma restrição à eficácia *ex nunc* da decisão proferida no controle de inconstitucionalidade”, quando: a) esta restrição “mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto”; b) “não houver solução menos gravosa para proteger o referido interesse; e c) “o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais”⁵¹¹.

Anota-se, por fim, que, o que ocorre, quando se mantêm efeitos de normas inconstitucionais, “é que os efeitos já produzidos pela lei inconstitucional, em alguns casos são amparados por outros princípios constitucionais que, para sua concretização, requerem a preservação de tais efeitos”⁵¹², ou, em outras palavras, “[n]ão é [...] com base na lei declarada inconstitucional”⁵¹³ que se mantêm estes efeitos, eles se mantêm porque “constituem o efeito que a lei, antes de ter sua inconstitucionalidade decretada, produziu e pela preservação de tais efeitos propugnam alguns princípios de hierarquia constitucional”⁵¹⁴. A questão “não é a de preservação dos efeitos com base em uma lei inconstitucional”, “mas sim com base em um princípio que os ampara, afastando a incidência do princípio da nulidade, através de um juízo de ponderação entre os princípios em choque”⁵¹⁵.

⁵¹¹ SARMENTO, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 38.

⁵¹² LIMA, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 203.

⁵¹³ Idem, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 203-4.

⁵¹⁴ Ibidem, p.203-4.

⁵¹⁵ Ibidem, p. 204.

Também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há manifestações no sentido de que a nulidade da norma inconstitucional deve ser tratada como um princípio constitucional implícito⁵¹⁶.

Afirma-se que, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade da norma inconstitucional e outros princípios constitucionais, “a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação”, e que, em muitos casos, o princípio da nulidade da norma inconstitucional haverá que ceder diante destes outros princípios, preferindo-se “a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade”⁵¹⁷. Assim, o princípio da nulidade da norma inconstitucional não poderá ser aplicado “nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida” ou “nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional”⁵¹⁸.

Ressalva-se, no entanto, que “o princípio da nulidade continua a ser a regra” e que seu afastamento demanda “um severo juízo de ponderação que, tendo em vista a análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante”, de modo que a não-aplicação do princípio da nulidade se há de basear em fundamento constitucional, em “um outro princípio que justifique a não-

⁵¹⁶ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto Min. Gilmar Mendes.

⁵¹⁷ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto Min. Gilmar Mendes.

⁵¹⁸ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto Min. Gilmar Mendes.

aplicação do princípio da nulidade”, e não em considerações de política judiciária ou em razões de conveniência⁵¹⁹.

1.4.6 A inexistência de prêvia determinação das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade

Há, ainda, autores que sustentam a concepção de que a Constituição Federal de 1988 não traz qualquer definição acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma ou da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, ficando à discrição do Supremo Tribunal Federal esta definição.

Afirma-se que a Constituição Federal de 1988 “não se refere em ponto algum aos efeitos do acórdão do Supremo Tribunal Federal que proclama a inconstitucionalidade das regras de direito”, não “cogita dos efeitos temporais emergentes da declaração de inconstitucionalidade”, nem traz “qualquer diretriz ou indicativo respeitante à natureza dos efeitos atribuíveis à decisão que declara, na via da ação direta, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”⁵²⁰. Não haveria, portanto, “preceito ou princípio, explícito ou implícito” que impedisse que se adotasse, como regra, o “efeito prospectivo para as decisões proclamatórias da inconstitucionalidade dos atos normativos” e, ao mesmo tempo, “a discricionariedade judicial”, que permitisse definir, no controle concentrado, “a natureza dos efeitos (*ex tunc*, *ex nunc* ou alguma combinação temporal intermediária) do acórdão que proclama a inconsistência de uma lei em face da Constituição da República”⁵²¹.

⁵¹⁹ BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto Min. Gilmar Mendes.

⁵²⁰ CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 40-1.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 39.

Nesse contexto, “a definição em prol da índole retroativa que até hoje logrou prevalecer entre nós”, não passa de “uma mera opção de política pretoriana”, de modo que poderia, o Supremo Tribunal Federal, “no exercício da competência determinante do sentido do alcance do sistema de legalidade”, “que lhe é insubtraível em face do silêncio de texto constitucional”, “temperar a drasticidade do efeito retroativo”, e adotar a “operância prospectiva plena” ou uma discricionariedade que lhe permitiria “definir em cada caso submetido ao seu culminante julgamento a direção temporal a ser incutida às decisões de tal teor e natureza”⁵²². Afirma-se que “cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, à falta de norma constitucional a respeito, decidir quanto aos efeitos das decisões proferidas em sede de controle da constitucionalidade de atos normativos”⁵²³. Competindo privativamente ao Supremo Tribunal Federal “declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, completa-se a sua função de determinar o momento de sua perda de eficácia”, o que “permite um certo temperamento quanto aos efeitos da decisão”⁵²⁴.

1.4.7 A norma inconstitucional é inexecutável

Além dessas concepções, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colhe o entendimento já adotado pela Suprema Corte norte-americana, em hipóteses nas quais a norma fora declarada inconstitucional em um caso concreto, vindo a ser posteriormente declarada constitucional em outro caso concreto, no sentido de que a norma inconstitucional “é inexecutável em vez de nula”, de modo que apenas

⁵²² CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 40-1.

⁵²³ SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários Acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato de Constitucionalidade das Normas Tributárias, p. 151.

“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”⁵²⁵.

1.4.8 A decisão de inconstitucionalidade como ato legislativo

Por fim, há a concepção de que a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade revela natureza eminentemente legislativa.

De acordo com esta concepção, “a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a conformidade da lei com a Constituição, na via do controle concentrado, não é de natureza jurisdicional”, uma vez que a atividade jurisdicional “pressupõe um conflito, uma controvérsia ou um obstáculo em torno da realização do Direito”⁵²⁶. Se o Poder Judiciário tem o poder de anular a norma com eficácia *erga omnes*, sua atuação não é de simples interpretação, constituindo, na verdade, uma espécie de legislação, “legislação negativa, mas legislação”⁵²⁷. Afirma-se, então, que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, “tem indubitosa natureza legislativa”, podendo, por isso, “ser proferida sem observância dos princípios constitucionais concernentes à prestação jurisdicional”⁵²⁸.

Sendo assim, a decisão de inconstitucionalidade tem efeitos gerais e, via de

⁵²⁴ FALCÃO, O Poder Judiciário e a Nova Carta Constitucional, p. 204.

⁵²⁵ BRASIL STF RE 79.343 – BA. Relator: Min. Leitão de Abreu, 1977. BRASIL. STF RE 89.108-1 – GO. Relator: Min. Cunha Peixoto, 1980. Voto do Min. Cunha Peixoto e voto do Min. Cordeiro Guerra; BRASIL. STF Rep. 1.418-5 – RS. Relator: Min. Néri da Silveira, 1988. Voto do Min. Néri da Silveira.

⁵²⁶ MACHADO, Efeito Retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade. *Informativo Consulex*, Brasília, v. 19, n. 16, p. 430-429, abr. 1996. p. 430.

⁵²⁷ LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 94; SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p.515.

regra, somente para o futuro⁵²⁹. Isso porque “[a]dmitir o efeito retroativo de ato que se opera no plano estritamente normativo equivale a admitir o efeito retroativo da própria norma”⁵³⁰.

Excetua apenas aqueles casos especiais, em que o próprio Supremo Tribunal Federal indicasse que a decisão teria efeitos retroativos⁵³¹, em que a decisão produz “efeitos retroativos, para alcançar situações concretas”, “como de resto acontece também com o ato normativo típico, vale dizer, a lei, que excepcionalmente pode retroagir, respeitados, em qualquer caso, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁵³².

1.5 A Inconstitucionalidade por omissão

1.5.1 A definição da inconstitucionalidade por omissão

A Constituição só é efetivamente cumprida na medida em que o legislador cumpra o poder-dever determinado na Constituição de preencher os espaços deixados a sua atuação⁵³³.

A omissão inconstitucional surge, então, quando o legislador, desrespeitando este dever que lhe foi imposto pela Constituição, queda-se inerte, silente, omissor, e não

⁵²⁸ MACHADO, loc. cit.

⁵²⁹ MACHADO, Efeito Retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 429-30; Idem, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 15.

⁵³⁰ Idem, Efeito Retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 429.

⁵³¹ Idem, Efeito Retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 429-30; Idem, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 15.

⁵³² MACHADO, Efeito Retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 429.

⁵³³ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 219.

edita as normas necessárias para a observância, aplicação e concretização da Constituição⁵³⁴. A possibilidade de que se verifique omissão inconstitucional torna-se evidente diante da existência de normas constitucionais que exigem, expressamente, a edição de leis ou que necessitam complementação legislativa para que possam ser efetivamente aplicadas⁵³⁵.

Destaque-se que, para que se verifique a omissão inconstitucional, deve se fazer presente uma exigência constitucional de ação, não sendo suficiente o simples dever geral de legislar⁵³⁶. “Não se trata pois, apenas de um simples negativo ‘não fazer’; trata-se, sim de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”⁵³⁷. Além disso, para que se caracterize a inconstitucionalidade por omissão, exige-se que esta omissão se identifique com determinada norma constitucional, devidamente individualizada, que deixa de ser aplicável em virtude da inércia do legislador⁵³⁸.

Não há como negar que a inércia do legislador representa uma violação da Constituição, na medida em que a Constituição deixa de ser cumprida em razão dessa omissão⁵³⁹. Com efeito, “se a não-edição de norma infraconstitucional impede a plena eficácia de comando constitucional, o legislador ordinário acaba por alterar a vontade

⁵³⁴ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 217, 219; FERREIRA, *A Jurisdição Constitucional*, p. 212; Idem, *A Corte Constitucional*, p. 45-6; LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 141; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 294; Idem, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 487; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 47; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 622.

⁵³⁵ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 358; FERRARI, op. cit., p. 223.

⁵³⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1999. p. 1004; Idem, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 332; FERRARI, op. cit., p. 223; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 61; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 622.

⁵³⁷ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 331.

⁵³⁸ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 224.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 219.

do constituinte, subvertendo a hierarquia ínsita ao ordenamento jurídico e criando uma situação de inconstitucionalidade”⁵⁴⁰. Mais: “o cumprimento imperfeito ou insatisfatório de uma determinada exigência constitucional configura ofensa ao dever que o constituinte impôs ao legislador”⁵⁴¹; “omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional”⁵⁴²; “[a] descoincidência do comportamento passivo do Estado com a norma constitucional, que impõe a sua ação, mostra-se na omissão, que a agrava e ofende”⁵⁴³. A omissão do legislador constitui um atentado à força normativa da Constituição, força essa que se veria erodida caso se banalizassem as omissões do legislador⁵⁴⁴.

1.5.2 As dificuldades surgidas no controle de inconstitucionalidade por omissão

O controle de constitucionalidade por omissão busca realizar a vontade constituinte em sua plenitude⁵⁴⁵, exigir que a Constituição seja integralmente cumprida⁵⁴⁶, assegurar a eficácia plena de todos seus preceitos⁵⁴⁷, “passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado”⁵⁴⁸.

A Constituição Federal de 1988, ao prever, no inciso LXXI de seu artigo 5º, o

⁵⁴⁰ LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 142.

⁵⁴¹ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 308-9; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 58; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*

⁵⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 46.

⁵⁴³ ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 112.

⁵⁴⁴ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 333; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 622; ZAVASCKI, *Eficácia das Liminares nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade*, p. 275.

⁵⁴⁵ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 51.

⁵⁴⁶ FERRARI, op. cit., p. 219; TEMER, op. cit., p. 40.

⁵⁴⁷ FERRARI, loc. cit.; TEMER, op. cit., p. 40, 51.

Mandado de Injunção, destinado a suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, e, no parágrafo 2º de seu artigo 103, o controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, evidencia uma precisa distinção entre a inconstitucionalidade decorrente da ação do legislador e a inconstitucionalidade resultante de sua omissão⁵⁴⁹.

Não são poucas, no entanto, as dificuldades colocadas pela inconstitucionalidade por omissão, e também elas levantam dúvidas acerca do acerto da concepção de que a norma inconstitucional é nula, diante da insuficiência ou inadequação desta concepção para superar algumas situações decorrentes da inconstitucionalidade por omissão⁵⁵⁰. E estas dificuldades estão intrinsecamente ligadas às técnicas de decisão de inconstitucionalidade disponíveis no Direito brasileiro, às formas de superação da situação inconstitucional, independentemente da modalidade de processo no qual se exerça o controle de constitucionalidade⁵⁵¹. Desse modo o principal problema da inconstitucionalidade por omissão não está na instituição de processos específicos para o exercício do controle desse tipo de inconstitucionalidade, mas sim no desenvolvimento de técnicas de decisão capazes de superá-la⁵⁵².

⁵⁴⁸ TEMER, op. cit., p. 51.

⁵⁴⁹ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 57; Idem, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁵⁵⁰ Idem. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁵⁵¹ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 312; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 62; Idem, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁵⁵² MENDES, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade.

Já de início, resta evidente que a declaração da nulidade da norma se revela inepta para solucionar os casos de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que não há como se declarar a inconstitucionalidade de uma lei por ela não contemplar determinada norma⁵⁵³, ou, tal como enunciou o Tribunal Constitucional Federal alemão, “não se pode declarar a nulidade da lacuna”⁵⁵⁴.

Além disso, o controle de constitucionalidade atua sempre como um controle negativo, limite esse que é justificado a partir do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes⁵⁵⁵, que não são compatíveis com a edição de normas gerais pelo Poder Judiciário⁵⁵⁶. O princípio democrático afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, que não foi escolhido pelo povo, elaborar as normas exigidas pela Constituição, ainda que tais normas se destinem a vigorar temporariamente, em virtude da omissão do Poder Legislativo⁵⁵⁷. O princípio da divisão de poderes, por sua vez, impede que o Poder Judiciário assuma a função de elaborar e promulgar leis que não foram aprovadas pelo Poder Legislativo e impede que o Poder Judiciário se transforme em censor dos outros Poderes, vedando-lhe a aplicação de qualquer sanção ao Poder Legislativo em decorrência de sua inércia em legislar⁵⁵⁸, na medida em que, à mingua

⁵⁵³ Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 50; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁵⁵⁴ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 52; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁵⁵⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1008; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 59; Idem, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁵⁵⁶ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 59; Idem, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁵⁵⁷ LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 146.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 150; ROSENN, Keith. O Controle da Constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 1-30, jan./mar. 2002. p. 19.

de expressa previsão constitucional, não há que se autorizar a intervenção de um poder em outro⁵⁵⁹.

Assim, em se tratando de omissão inconstitucional, a inconstitucionalidade deve ser sanada necessariamente por meio da ação do órgão competente para editar a norma exigida pela Constituição⁵⁶⁰, não podendo o Poder Judiciário substituir-se a ele⁵⁶¹, devendo, antes, limitar-se a apontar-lhe a omissão⁵⁶², tal como preceitua o parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição Federal. E isso mesmo quando, cientificado da omissão inconstitucional, o órgão competente mantenha-se inerte, sem elaborar as normas necessárias a sua supressão⁵⁶³.

Nesse sentido, também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que só admite a Ação Direta de Inconstitucionalidade fundada em inconstitucionalidade por omissão, quando se busca não a imediata supressão da omissão pelo próprio Tribunal, mas sim a expedição de ordem ao órgão competente para que este supra a omissão, editando a norma exigida pela Constituição⁵⁶⁴. “A declaração de inconstitucionalidade por omissão tem como efeito apenas a ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (CF, art. 103, § 2º)”⁵⁶⁵. Mesmo em casos de omissão parcial, afirma-se que, ainda que se verifique contrariedade ao princípio da isonomia, não pode o Poder Judiciário, por não possuir função legislativa, estender os benefícios instituído pela

⁵⁵⁹ LOURENÇO, op. cit., p. 150.

⁵⁶⁰ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 319.

⁵⁶¹ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 226.

⁵⁶² LOURENÇO, op. cit., p. 146-7.

⁵⁶³ FERRARI, loc. cit.

⁵⁶⁴ BRASIL. STF *ADIn 529-4* – DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1991. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

norma a categorias nela não previstas⁵⁶⁶.

Veja-se que, nem mesmo quando o responsável pela omissão é um órgão administrativo, a Constituição autoriza que o Poder Judiciário tome qualquer medida, devendo ele cingir-se a dar ciência da omissão ao órgão competente para que tome as providências necessárias, o que deverá ocorrer em trinta dias⁵⁶⁷.

Ademais, a Constituição não prevê qualquer sanção para o caso de o órgão competente para editar a norma exigida não adotar as medidas necessárias à supressão da omissão inconstitucional⁵⁶⁸. No caso de a competência para a edição da norma caber ao Chefe do Poder Executivo, até se poderia cogitar do enquadramento de sua inércia na figura do crime de responsabilidade, mas, caso esta competência caiba ao Poder Legislativo, não há qualquer meio previsto para compeli-lo a editar a norma necessária para assegurar a plena eficácia da Constituição⁵⁶⁹.

Esse imobilismo imposto ao Poder Judiciário não resta, entretanto, inconstestado.

Afirma-se que, diante da inconstitucionalidade por omissão, o poder controlador deve ser exercido de forma a desfazer o agravo constitucional, seja

⁵⁶⁵ BRASIL. STF *RO em MS 22.307-7* – DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 1997. Voto do Min. Carlos velloso.

⁵⁶⁶ BRASIL. STF *RO em MS 21.662-3* – DF. Relator: Min. Celso de Melo, 1994. Voto do Min. Celso de Mello.

⁵⁶⁷ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 226.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 227.

⁵⁶⁹ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 227.

determinando ao poder omissivo a cessação da inércia, seja substituindo-se ao poder omissivo⁵⁷⁰.

E essa exigência em nada conflita com o princípio da separação dos poderes. Primeiro, porque o respeito ao equilíbrio entre os poderes que materializa o princípio da separação dos poderes não pode se sobrepor ao respeito à Constituição, uma vez que o princípio da separação dos poderes integra a organização do exercício do poder, que, por sua vez, é definida pela própria Constituição. Segundo, porque, se a própria Constituição prevê o controle de constitucionalidade nos casos de inconstitucionalidade por omissão, não se pode admitir que o exercício e a eficácia deste controle sejam inviabilizados pelo princípio da separação dos poderes; até porque, na interpretação do Texto Constitucional, deve-se sempre adotar a exegese que assegure a integridade e o cumprimento da Constituição, que, no caso, só seriam assegurados pela efetiva supressão da omissão inconstitucional. Dessa forma, o comando que o poder competente para exercer o controle da inconstitucionalidade por omissão dá ao poder omissivo, para que a omissão inconstitucional seja sanada, não se revela em nada demasiado ou exorbitante, nem afeta o equilíbrio do sistema⁵⁷¹.

Além disso, havendo a Constituição previsto o controle da inconstitucionalidade por omissão, não há como se cogitar haja ela deixado esse controle sem os instrumentos adequados para corrigi-la, sob pena de, aí sim, ferir-se uma garantia primária do sistema, qual seja: a existência e a eficácia da Constituição em sua condição de norma fundamental e suprema. Por isso, o comando dado ao órgão responsável pelo vácuo legislativo deve ser de ordem tal que se imponha

⁵⁷⁰ ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 113-4.

coercitivamente a este órgão. E, caso se verifique a ineficácia ou a inoperância desse comando, o próprio poder controlador deverá ser capaz de imediatamente suprir a omissão, agindo a partir de sua competência para o exercício da função controladora⁵⁷².

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se também encontrar exemplos dessa divergência. Sudenta-se, por exemplo, que a decisão proferida no Mandado de Injunção faz as vezes “da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica”, ou seja, “o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito”⁵⁷³. Manifesta-se, ainda, discordância em relação ao entendimento de que “com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, vale dizer, “procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omissor”, na medida em que tal entendimento acabaria por esvaziar a garantia constitucional do Mandado de Injunção, que tem o escopo de “viabilizar o exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁵⁷⁴. Admite-se, ademais, no caso de omissão parcial por exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, estender “o benefício aos discriminados que o solicitaram ao Poder Judiciário, caso por caso”, afirmando-se que “quando o Poder Judiciário determina que se cumpra a Constituição ele não está legislando, mas, sim, cumprindo as suas funções específicas”⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 113-4.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 113-4.

⁵⁷³ BRASIL. STF *MI 107-3* – DF. Relator: Moreira Alves, 1990. Voto do Min. Carlos velloso.

⁵⁷⁴ BRASIL. STF *MI 107-3* – DF. Relator: Moreira Alves, 1990. Voto do Min. Carlos velloso.

⁵⁷⁵ BRASIL. STF *RO em MS 22.307-7* – DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 1997. Voto do Min. Maurício Corrêa.

Sublinhe-se que, mais recentemente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem sido apontada como capaz de fornecer suporte para o desenvolvimento de técnicas que possibilitem superar o estado de inconstitucionalidade derivado da omissão inconstitucional, na medida em que o artigo 10 da Lei nº 9.882/99, ao disciplinar esse mecanismo de controle de constitucionalidade, estabelece que o Supremo Tribunal Federal deverá fixar “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”⁵⁷⁶⁵⁷⁷.

1.5.3 O controle de constitucionalidade nos casos de omissão parcial

Especialmente complexos, do ponto de vista do controle de constitucionalidade, são aqueles casos em que se verifica a omissão parcial, quando o órgão legislativo satisfaz seu dever constitucional de legislar de forma incompleta, imperfeita ou insatisfatória⁵⁷⁸.

Esse é o caso, por exemplo da exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade ou da isonomia, em que, em virtude de uma equivocada ou incompleta apreciação das circunstâncias de fato, e não de um ato arbitrário ou de um propósito de arbitrariamente favorecer certos grupos ou situações, a norma editada pelo legislador deixa de alcançar os objetivos fixados pela Constituição, concedendo

⁵⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, e Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁵⁷⁷ Confirma-no a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que por escassa maioria, ao admitir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 4 – DF, relativa ao valor do salário mínimo fixado pela Medida Provisória nº 2019 - 1, de 20 de abril de 2000, ainda aguardando o julgamento do mérito.

⁵⁷⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1006; CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 357-8; MEIRELLES, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, e Ação Declaratória de Constitucionalidade*; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 58, 66; Idem, O Controle de

vantagens ou benefícios lícitos a determinados segmentos ou grupos, discriminando-os favoravelmente, na medida em que deixa de contemplar outros segmentos ou grupos que se encontram em situação idêntica, não atingindo a todos os destinatários que deveria atingir e violando, conseqüentemente, o princípio da igualdade ou da isonomia⁵⁷⁹.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se afirma que, na omissão parcial, “a omissão não significa um simples não fazer, mas um fazer — *aliud facere* — diverso do que constitucionalmente devido”, de modo que, “se o legislador, que segundo a constituição, devia tratamento isonômico a determinado universo de pessoas, discrimina indevidamente entre elas: então, há um dado positivo — a norma discriminatória —, em que se traduz e concretiza a omissão parcial”⁵⁸⁰.

Anote-se que a omissão parcial pode ocorrer tanto quando o legislador edita norma que já desde sua edição não satisfaz plenamente as exigências constitucionais, como quando o legislador, não obstante haja atuado oportunamente, editando a norma exigida pela Constituição, com o passar do tempo, mudanças nas circunstâncias fáticas, sociais ou jurídicas fazem com que a norma editada não mais satisfaça as demandas da Constituição, passando-se a exigir uma ação corretiva do legislador⁵⁸¹.

Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*, 1993.

⁵⁷⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1006; CLÈVE, op. cit., p. 352-8 passim; MENDES, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 48-9; Idem, *Jurisdição Constitucional*, p. 310; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 295; Idem, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 488; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 190-1; SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 117, nota 47.

⁵⁸⁰ BRASIL. STF *ADIn* 529-4 – DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1991. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁵⁸¹ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 58; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de*

Constitucionalidade como Garantia da Cidadania; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 259-60.

Pois bem, nos casos de omissão parcial, como há a edição de uma norma, há, em princípio, a possibilidade de controlar a inconstitucionalidade tanto por meio dos mecanismos dedicados ao controle da constitucionalidade por omissão, como com o recurso aos mecanismos típicos do controle de constitucionalidade por ação, seja na via direta, seja na via incidental, de que poderia resultar uma afirmação sobre a inconstitucionalidade da norma, e, admitida a concepção da nulidade da norma inconstitucional, a afirmação de sua nulidade⁵⁸².

Ocorre que a declaração da nulidade, desenvolvida para superar a inconstitucionalidade decorrente da restrição de direitos individuais, não se revela adequada para solucionar a inconstitucionalidade decorrente da omissão parcial, caso em que a Constituição é violada não pelo que a norma contém, mas pelo que dela está ausente, decorrendo a inconstitucionalidade da inércia parcial do legislador e não da norma resultante de sua ação⁵⁸³. Essa dificuldade bem demonstra a insuficiência das técnicas de controle atualmente disponíveis no Direito brasileiro para solucionar os desafios trazidos pela inconstitucionalidade resultante da omissão parcial⁵⁸⁴.

Uma das dúvidas que se coloca é aquela que diz respeito à aplicação da norma após o momento a partir do qual a decisão de inconstitucionalidade passa a produzir efeitos.

⁵⁸² MEIRELLES, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, e Ação Declaratória de Constitucionalidade*; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 58, 66; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*; SARMENTO, *A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 117, nota 47.

⁵⁸³ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 357-8; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 309; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*, p. 59; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão*.

⁵⁸⁴ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 468.

Isso porque, como a inconstitucionalidade não reside propriamente na norma, mas sim na situação jurídica criada pela omissão parcial, poder-se-ia sustentar que a norma pudesse continuar a ser aplicada, mesmo após o reconhecimento da inconstitucionalidade, até que fosse editada a norma que viesse a eliminar o estado de inconstitucionalidade⁵⁸⁵.

Essa possibilidade, contudo, esbarraria na própria Constituição, que consagra o Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, demonstrando que não se satisfaz com a edição de uma norma qualquer, exigindo que seja editada uma norma que seja com ela compatível; colidindo, ainda, com a concepção dominante no Direito brasileiro que considera nula a norma inconstitucional⁵⁸⁶. Além disso, “[a] aplicação geral e continuada de lei considerada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição”⁵⁸⁷.

Neste contexto, a aplicação da norma inconstitucional após a proclamação de sua inconstitucionalidade só poderia ser admitida se houvesse disposição constitucional expressa autorizando-a. Inexistente tal autorização, a mera circunstância de não existir

⁵⁸⁵ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 311; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 60-1; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

⁵⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 311; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 61; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

⁵⁸⁷ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 312. Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 62; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

uma declaração de nulidade no controle de inconstitucionalidade por omissão não autoriza que se continue a aplicar a norma maculada pela omissão parcial⁵⁸⁸.

Desse modo, a única concepção que parece coadunar-se com a Constituição, no caso de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial é aquela que determina a imediata suspensão da aplicação da norma defeituosa⁵⁸⁹.

Contudo, podem verificar-se casos em que a aplicação da norma maculada pela omissão parcial, mesmo depois do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, mostre-se indispensável até a edição da nova norma, sendo exigida pela própria Constituição⁵⁹⁰.

Exemplo recorrente na doutrina é o da norma que fixa o salário mínimo em valor tal que não permita ao trabalhador atender “a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, tal como determina o inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Como o citado dispositivo constitucional estabelece para o legislador um dever de legislar, obrigando-o a estabelecer para o salário mínimo um valor suficiente para

⁵⁸⁸ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 312; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 62; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

⁵⁸⁹ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 359; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 312; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 62, 65; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

⁵⁹⁰ CLÈVE, loc. cit.; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 313; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 64-5; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão*.

satisfazer as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, uma norma que fixe o salário mínimo em valor menor do que este satisfaria apenas parcialmente o comando constitucional, verificando-se, então, um caso de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial⁵⁹¹.

A omissão parcial não poderia ser solucionada mediante a fixação pelo Poder Judiciário de um valor para o salário mínimo que lhe permitisse atender às exigências da Constituição, uma vez que não é dado ao Poder Judiciário “arvorar-se à condição de legislador positivo”⁵⁹².

Por outro lado, percebe-se facilmente que a suspensão da aplicação da norma, assim como sua eventual cassação, agravaria o estado de inconstitucionalidade⁵⁹³. Isso porque, se se suspendesse a aplicação da norma que fixou imperfeitamente o salário mínimo, ficar-se-ia sem norma que o fixasse ou ter-se-ia que restabelecer a norma que anteriormente o fixava⁵⁹⁴. E esse “vazio jurídico”, quando comparado com a manutenção provisória da aplicação da norma maculada pela inconstitucionalidade decorrente da omissão parcial, seria mais “pernicioso e intolerável”⁵⁹⁵ e causaria “danos

⁵⁹¹ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 359; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 314; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 64; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*; SANCHES, *Aspectos Processuais do Controle de Constitucionalidade*, p. 141.

⁵⁹² SARMENTO, *Eficácia do Controle de Constitucionalidade*, p. 35-6.

⁵⁹³ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 359; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 314; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 64-5; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão*; SARMENTO, loc. cit.

⁵⁹⁴ SANCHES, Sydney. *Aspectos Processuais do Controle de Constitucionalidade*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 134-141, jul./set. 1995. p. 141; SANCHES, Sydney. *Aspectos Processuais do Controle de Constitucionalidade*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. pg. 613.

⁵⁹⁵ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 258.

mais lesivos aos interesses e valores abrigados na ordem constitucional”⁵⁹⁶.

Nesse caso, portanto, a própria Constituição exige a manutenção da aplicação da norma, mesmo depois do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, até que outra advenha, fixando o salário mínimo em valor consentâneo com a Constituição⁵⁹⁷.

Outro exemplo apresentado pela doutrina é o da “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”. Senão veja-se.

A constatação de uma violação ao princípio da igualdade ocorre sempre a partir da comparação entre, pelo menos, duas situações, ou seja, “inconstitucional não se afigura a norma ‘A’ ou ‘B’, mas a disciplina diferenciada das situações”⁵⁹⁸. Essa circunstância faz com que a inconstitucionalidade decorrente da contrariedade ao princípio da igualdade seja sempre uma inconstitucionalidade relativa⁵⁹⁹.

Assim diante de uma norma em que se verifique a “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, tem-se vários mecanismos para se restabelecer a situação isonomia: a) pode-se suprimir o benefício concedido; b) pode-se estender o benefício aos grupos ou segmentos não contemplados na norma; c) pode-se editar uma nova norma, condicionando a fruição dos benefícios à satisfação de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 125.

⁵⁹⁷ Idem, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 35-6.

⁵⁹⁸ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 49; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁵⁹⁹ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 49; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁶⁰⁰ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 51; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

Nesse sentido, também o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, com base no escólio de J. J. GOMES CANOTILHO e JORGE MIRANDA, afirma que as possíveis soluções jurídicas que a questão posta pela exclusão de benefício com ofensa ao princípio da isonomia seriam: a) extensão do benefício às categorias ou grupos excluídos; b) supressão do benefício indevidamente concedido a terceiros; c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), concedendo ao Poder Legislativo o tempo necessário para a edição de norma que restabeleça a conformidade com o princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização da norma jurídica existente⁶⁰¹.

Em sede de controle jurisdicional de constitucionalidade, afasta-se, de pronto, qualquer solução que implique a edição de uma nova norma, seja para estender o benefício aos originalmente excluídos, seja para impor requisitos à fruição dos benefícios, uma vez que, como se viu, não é dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

A declaração da inconstitucionalidade e da conseqüente nulidade da norma tampouco se revela adequada. Primeiro, porque se está diante de uma inconstitucionalidade relativa, que não reside propriamente na norma que concede o benefício a determinado grupo, mas na situação de este mesmo benefício não haver sido concedido a outros grupos ou segmentos que se encontram em situação idêntica, ou

⁶⁰¹ BRASIL. STF. *MI 808* – DF. Voto do Min. Celso de Mello; BRASIL. STF *MC em ADIn 526-0*. Min. Sepúlveda Pertence, 1991. Voto do Min. Celso de Mello; BRASIL. STF *RO em MS 21.662-3* – DF. Relator: Min. Luiz Gallotti, 1953. Voto do Min. Celso de Mello.

seja, “na disciplina normativa diferenciada”⁶⁰². Segundo, porque, declarando-se a nulidade da norma, acabar-se-ia por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão daquele que manejou o controle de constitucionalidade, na medida em que nenhuma pretensão poderia ser derivada da norma depois que ela fosse declarada inconstitucional⁶⁰³. Terceiro, porque, além de a declaração da nulidade da norma não trazer qualquer benefício para aqueles que haviam sido excluídos pela norma, ela privaria do benefício, em princípio legítimo, aqueles que haviam sido com ele originalmente agraciados⁶⁰⁴.

É fácil perceber que, nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade e a decorrente declaração de nulidade da norma não se configuram adequadas para eliminar a situação inconstitucional e apenas serviriam para aprofundar o estado de inconstitucionalidade⁶⁰⁵.

A problemática é reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se vê nas oportunidades em que se defrontou com o “dilema da caracterização do vício de legitimidade da lei por ‘não favorecimento arbitrário’ ou ‘exclusão inconstitucional de vantagem’”⁶⁰⁶, que constitui um “dilema cruciante”, “um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle de constitucionalidade da lei pelo escalão do princípio da isonomia e suas derivações

⁶⁰² MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 49-50; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

⁶⁰³ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 49-50; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

⁶⁰⁴ MENDES, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 190-1; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 258.

⁶⁰⁵ MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*; MENDES, *Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 67, 470; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 258.

constitucionais”⁶⁰⁷, constatando-se que tratar o caso como sendo de inconstitucionalidade por ação e deferir a suspensão da norma representaria um prejuízo àqueles que haviam sido beneficiados pela norma, sem nenhum benefício para os que foram excluídos, ao passo que, se se dispensasse ao caso o tratamento de inconstitucionalidade por omissão, “jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício aos excluídos, efeito que nem a declaração definitiva da invalidade da lei poderá gerar (CF, art. 103, § 2º)”⁶⁰⁸. Anotou-se, ainda, que, declarando-se a inconstitucionalidade da lei, a decisão conduziria “a iniquidade contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos”, e, por outro lado, o reconhecimento da omissão parcial só seria satisfatória se resultasse na extensão do benefício àqueles que foram excluídos pela norma, o que, no entanto, não é possível, na medida em que o Supremo Tribunal Federal não teria poderes para tanto, uma vez que, “à luz do art. 103, parágrafo 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra”⁶⁰⁹.

Por fim, poder-se-ia ilustrar a insuficiência da concepção de que a norma inconstitucional é nula para solucionar situações de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial com o caso de uma norma da lei orçamentária, essencial para o cumprimento do orçamento, que apresentasse esse vício.

⁶⁰⁶ BRASIL. STF *MC em ADIn. 526-0 - DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1991.

⁶⁰⁷ BRASIL. STF *MC em ADIn. 526-0 - DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1991. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁶⁰⁸ BRASIL. STF *MC em ADIn. 526-0 - DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1991.

⁶⁰⁹ BRASIL. STF *MC em ADIn. 526-0 - DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1991. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

Caso se declarasse a inconstitucionalidade da norma, e, em conseqüência, sua nulidade, tornar-se-ia impossível executar o orçamento, o que inviabilizaria a atuação do Poder Público no respectivo ano, conduzindo-o à imobilidade, situação essa que se apresentaria mais distanciada da vontade da Constituição do que a manutenção da aplicação da norma marcada pela omissão parcial⁶¹⁰.

Os exemplos apresentados demonstram que, em casos de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial — aí incluídos aqueles em que se configura exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade —, em que a superação da inconstitucionalidade depende fundamentalmente da atuação do legislador, estariam presentes os pressupostos para a adoção da técnica da “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” no processo constitucional brasileiro⁶¹¹, especialmente naqueles casos em que o controle de constitucionalidade é exercido por meio de ação direta de inconstitucionalidade⁶¹².

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, reconhecendo que, nesses casos, a nulidade da norma inconstitucional poderia implicar injustiça para com os beneficiados pela norma ou causar um vácuo jurídico, afirma que o desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem a conseqüência da

⁶¹⁰ LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 91.

⁶¹¹ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 318-9; Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 65-7; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*; SANCHES, *Aspectos Processuais do Controle de Constitucionalidade*, p. 141.

⁶¹² MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 59; Idem, *O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade*; Idem, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

nulidade visa justamente a, evitando a declaração de inconstitucionalidade total, permitir ao legislador sanar as eventuais deficiências da norma⁶¹³.

Outra alternativa seria dar maior plasticidade às decisões de inconstitucionalidade, tornado-as capazes de fazer frente aos desafios postos pela inconstitucionalidade decorrente da omissão parcial, mesmo que, para tanto, fosse necessário se admitir, em circunstâncias a serem definidas com extrema cautela, que o Supremo Tribunal Federal, sem invadir o espaço do Poder Legislativo, se libertasse dos limites que hoje lhe são impostos pela doutrina do legislador negativo, pois a garantia da plena efetividade da Constituição pode exigir que se adote “provimentos mais arrojados”, baseados em uma “renovada e contemporânea leitura do princípio da separação dos poderes”⁶¹⁴.

1.6 O artigo 27 da Lei nº 9.868/99

1.6.1 As razões que levaram à edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99

Por fim, deve-se analisar o entendimento da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que admite que aquele Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração ou decida que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁶¹³ BRASIL. STF *MC em MS 526-0* - DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1991. Voto do Min. Celso de Mello.

A edição da Lei nº 9.868/99 veio a satisfazer a necessidade apontada por parte da doutrina, que demandava a introdução em nosso direito positivo de procedimentos que permitissem ao Supremo Tribunal Federal “uma atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional”⁶¹⁵, com a possibilidade de, “em casos excepcionais, e quando o exija o interesse público”⁶¹⁶, “determinar os efeitos, a extensão da declaração de inconstitucionalidade, inclusive, estatuidando a reentrada em vigor, ou não, da norma que a lei inconstitucional havia revogado”⁶¹⁷. Pretendeu-se, ainda, suprir a ausência, na Constituição, de mecanismos destinados a permitir a superação do estado de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial do legislador, abrangendo a disciplina da suspensão da norma inconstitucional, com a legitimação do Supremo Tribunal Federal, para, sob determinadas condições, “autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos”⁶¹⁸.

A Exposição de Motivos nº 189/1997, que capeou o Projeto de Lei nº 2.960/97, transformado na Lei nº 9.868/99, afirmava que o anteprojeto continha disposições que autorizariam o Supremo Tribunal Federal, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou a estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁶¹⁴ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 359.

⁶¹⁵ MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 517.

⁶¹⁶ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 190.

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 193.

⁶¹⁸ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 314; *Idem*, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 65.

Asseverava, ainda, que a falta de um instituto que permitisse “estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade” acabava por “obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”.

Assinalava também que “a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão legislativa”, casos em que a “cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade”.

Apontava, ademais, que “a criação de nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitucional” e do “complexo processo de controle de constitucionalidade das leis” adotado no Brasil.

Sustentava, a Exposição de Motivos, que, a partir da “evolução constatada no Direito Constitucional comparado”, o anteprojeto previa que o Supremo Tribunal Federal pudesse decidir “sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, por meio de um “juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro”, assegurando-se que “o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”.

Concluía, então, a Exposição de Motivos, afirmando que se deveria reconhecer, “ao lado da ortodoxa declaração de nulidade”, “a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais [...] estabelecer limites aos efeitos da declaração de

inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente “naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia)” ou “nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional”.

Como se vê, buscou-se superar, com a edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, as perplexidades surgidas a partir da aplicação da concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional na prática jurisdicional. Vê-se, ainda, na legitimação da faculdade nele concedida ao Supremo Tribunal Federal, a definição da nulidade da norma inconstitucional como um princípio.

1.6.2 A opinião daqueles que entendem que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 alterou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro

Parte da doutrina afirma que a Lei nº 9.868/99 introduziu mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ora saudando tais alterações, ora reprovando-as.

Há aqueles que afirmam que a edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 “representou uma radical alteração na centenária tradição jurídica brasileira”⁶¹⁹ e introduziu “uma significativa alteração no sistema de técnica de controle de constitucionalidade brasileiro”⁶²⁰, uma vez que, não obstante a regra geral continue

⁶¹⁹ CASTRO, Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99, p. 39-40.

⁶²⁰ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 303.

sendo a nulidade da norma inconstitucional e a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade⁶²¹, diante das “peculiaridades, que marcam o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro”⁶²² e visando a “dar maior racionalidade e coerência ao sistema de controle de constitucionalidade”⁶²³, adotou-se “uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade”⁶²⁴, flexibilizando-se e relativizando-se o dogma da nulidade da norma inconstitucional e da eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade⁶²⁵, introduzindo-se uma nova modalidade de decisão de inconstitucionalidade no direito brasileiro⁶²⁶.

Com o advento do artigo 27 da Lei nº 9.86/99, então, em casos excepcionais, fazendo-se presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, motivos gravíssimos e circunstâncias anormais⁶²⁷, em que “a declaração de nulidade se mostre inadequada” ou “a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional”⁶²⁸, permite-se que o Supremo Tribunal Federal, operando “um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e os postulados da segurança jurídica e do interesse social”⁶²⁹, faça ceder o princípio da nulidade, a fim de que prevaleça “a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente

⁶²¹ *Ibidem*, p.311; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 163, 176; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 123; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 195-6.

⁶²² MENDES, *op. cit.*, p. 287-8.

⁶²³ PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 163, 176.

⁶²⁴ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 287-8.

⁶²⁵ BARROSO, Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 253; RÉGO, ADIn e ADC, p. 46; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 123.

⁶²⁶ MENDES, *op. cit.* p. 356.

⁶²⁷ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p.281; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 303, 311; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 323-4; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 195-6.

⁶²⁸ MARTINS, *loc. cit.*; MENDES, *loc. cit.*; MARTINS, *loc. cit.*.

⁶²⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 303.

relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante⁶³⁰, e limite, restrinja, atenua, module ou manipule os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista temporal⁶³¹.

Pode, então, o Supremo Tribunal Federal, estabelecer uma pluralidade de efeitos jurídicos à decisão de inconstitucionalidade⁶³², podendo determinar que a decisão de inconstitucionalidade só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (efeito *ex nunc*)⁶³³, hipótese em que “a decisão de inconstitucionalidade eliminará a lei do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão (cessação da ultra-atividade da lei)”⁶³⁴, ou em outro momento que venha a ser fixado⁶³⁵, caso em que a norma inconstitucional “continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal”, submetendo-se sua eliminação do ordenamento a um termo pré-fixado, a ser fixado pelo próprio Tribunal (na medida em que o legislador não o estabeleceu)⁶³⁶, concedendo ao legislador prazo que para que ele possa editar norma conforme à

⁶³⁰ MENDES, *op. cit.*, p. 363-4.

⁶³¹ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p.281; GRECO, *Inconstitucionalidade da Lei tributária*, p. 33; MENDES, *op. cit.*, p. 303; MARTINS, *loc. cit.*; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 176; RÊGO, ADIn e ADC, p. 53; ROTHENBURG, *Velhos e novos rumos das Ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei nº 9.868/99*, p. 283-4; SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 123; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 195-6.

⁶³² CASTRO, *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99*, p. 39-40; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 195-6.

⁶³³ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 303; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 87, 175; SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 123; VELOSO, *loc. cit.*

⁶³⁴ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 364.

⁶³⁵ MENDES, *op. cit.*, p. 303; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 323-4; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 176; SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 123; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 195-6.

⁶³⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 364.

Constituição⁶³⁷ ou impedindo “a reentrada em vigor de ato normativo anterior que havia sido revogado pelo ato normativo declarado inconstitucional”⁶³⁸.

Anota-se que, a partir do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal pode desenvolver novas técnicas de decisão ou adotar técnicas de controle de constitucionalidade desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, como o apelo ao legislador e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, com a suspensão da aplicação da norma inconstitucional e dos processos em andamento, especialmente⁶³⁹. Obtempera-se, contudo, que as técnicas de controle de constitucionalidade desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em especial a declaração de inconstitucionalidade sem a consequência da nulidade, foram resultado não de uma inovação legislativa, como o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, mas de uma larga prática jurisprudencial, em que estas técnicas sempre estiveram vinculadas à eficácia dos direitos fundamentais, ao passo que, no Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a ser restritiva na aplicação do direito constitucional, principalmente em virtude da adoção da teoria do legislador negativo e da teoria da ofensa indireta e reflexa, não atuando, portanto, de forma ativa na concretização dos direitos fundamentais⁶⁴⁰. Por isso, a modulação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, possibilitada pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99 só constituirá uma mecanismo de efetivo aumento da intensidade de controle material das leis pelo Supremo Tribunal Federal, se aquele Tribunal modificar sua jurisprudência tradicional e, em especial, “se abandonar as teses do legislador negativo e da ofensa indireta e reflexa da Constituição e se intensificar o controle de conceitos jurídicos

⁶³⁷ Ibidem, p. 365; ROTHENBURG, Velhos e novos rumos das Ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei nº 9.868/99, p. 284.

⁶³⁸ Ibidem, p. 284.

indeterminados”⁶⁴¹. Mais: o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 deve ser interpretado de forma restritiva, sendo aplicado apenas naqueles casos em que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade vise a assegurar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais⁶⁴².

Afirma-se, ainda, que as novas técnicas de decisão de inconstitucionalidade que poderão ser adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, permitirão à Corte solucionar “o angustiante problema das omissões parciais”⁶⁴³, não mais se vendo o Supremo Tribunal Federal compelido, quando estiver diante de omissão inconstitucional, a “declarar a inconstitucionalidade por omissão com as necessárias conseqüências da sentença de inconstitucionalidade”⁶⁴⁴.

Anota-se também que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, ao prever, em sua parte final, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou determinar que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, parece abrir possibilidade de decisões limitativas que constituam na declaração de inconstitucionalidade com suspensão de efeitos durante certo tempo⁶⁴⁵.

Sustenta-se, ainda, que, com a edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, desvinculou-se a inconstitucionalidade da nulidade, não mais existindo entre elas “uma

⁶³⁹ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p.280; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 364, p. 365.

⁶⁴⁰ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p. 282-3.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 284.

⁶⁴² ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p. 284.

⁶⁴³ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 259.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 259.

⁶⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 513.

relação de causa e efeito, uma conexão inexorável ou inafastável”⁶⁴⁶, podendo-se adotar “tanto a eficácia *ex tunc* (retroativa) quanto a eficácia *ex nunc* da decisão de inconstitucionalidade”⁶⁴⁷.

Afirmam alguns que essa desvinculação demonstraria claramente que a norma inconstitucional pode ser nula ou simplesmente anulável, dado que não seria possível atribuir-se efeitos a atos ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, se a norma inconstitucional fosse sempre e necessariamente nula⁶⁴⁸. Ressalta-se, ainda, que, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal atribuir à decisão de inconstitucionalidade eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, os efeitos da inconstitucionalidade já não se equiparam aos da nulidade, mas se assemelham aos da revogação da norma⁶⁴⁹.

Anota-se que os pressupostos adotados pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99, para autorizar a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, constituem conceitos jurídicos indeterminados, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de identificar sua presença no caso em julgamento, atividade esta que, apesar da necessária discricionariedade que caracteriza o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, não poderá ser desempenhada de forma arbitrária, sendo “muito importante a fundamentação do julgado, que deverá buscar o convencimento e a adesão

⁶⁴⁶ VELOSO, *op. cit.*, p. 196.

⁶⁴⁷ SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 99.

⁶⁴⁸ PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 87, 165.

⁶⁴⁹ PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 178; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 259

racional de um auditório universal (Perelman), formado tendencialmente por a toda ‘sociedade aberta de intérpretes da Constituição’ (Häberle)”⁶⁵⁰.

Destaca-se, ainda, que “[a] não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”, na medida em que somente se admitirá seja o princípio da nulidade afastado naqueles casos em que “se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”. O princípio da proporcionalidade desempenhará, então, um papel fundamental, como “instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito, da nulidade)”, “tendo em vista o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade”⁶⁵¹.

Sustenta-se, por fim, que, não obstante o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 destine-se a disciplinar a eficácia da decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade, também a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* admite a limitação de efeitos, já que “a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo”, ou, em outras palavras, que “a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de

⁶⁵⁰ ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário*, p. 281; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 127; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 541.

⁶⁵¹ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 363-4.

constitucionalidade, podendo ser aplicada tanto no controle direto quanto no incidental”⁶⁵².

Observa-se, à propósito, que, “[s]e o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita, no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas”, sob pena de ter-se “um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada”. Admite-se, contudo, que, nesses casos, o Tribunal faça “a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até um determinado momento (v. g., até o momento da decisão *in abstracto*)”, ressalva esta que se justificaria especialmente em virtude do princípio da segurança jurídica. Restaria, assim, solucionado “o difícil problema da convivência entre o dois modelos de controle de constitucionalidade existentes entre nós, também no que diz respeito à técnica de decisão”⁶⁵³.

Outros criticam as alterações introduzidas pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99, afirmando que o citado dispositivo legal “acaba por completo com o princípio da Supremacia da Constituição” e priva a Constituição Federal de 1988 de sua rigidez⁶⁵⁴, e, na medida em que permite ao Supremo Tribunal Federal transigir com a supremacia da Constituição, modulando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, acaba por substituir o juízo de constitucionalidade por um juízo de conveniência e oportunidade, próprio da Política⁶⁵⁵.

⁶⁵² Ibidem, p. 292.

⁶⁵³ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 367-8.

⁶⁵⁴ FERREIRA FILHO, *O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade*, p. 11-2; OMMATI, *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*, p. 62.

⁶⁵⁵ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 11-2; OMMATI, *op. cit.*, p. 62.

A partir da edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, “a violação da Constituição pode ser ‘direito’ positivo, mesmo depois de reconhecida, no processo competente, pelo Supremo Tribunal Federal, ‘guarda da Constituição’”, e “o ato inconstitucional não é mais [...] nulo e írrito”, já que seria contra a índole do direito “admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos ‘a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’”⁶⁵⁶. Além disso, “não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa”, “porque a decisão não irá apenas declarar um fato — estar a lei viciada de inconstitucionalidade — mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos”⁶⁵⁷.

Conclui-se, então, que as inovações introduzidas pela Lei nº 9.868/99 podem resultar na “inutilidade do controle” e “não tornam mais vigorosa a defesa da Constituição”, senão que, pelo contrário, enfraquecem sua força normativa, uma vez que “[o] ato inconstitucional não é mais nulo *ex natura*” e “[s]eus efeitos poderão persistir mesmo depois de reconhecimento a infração à Constituição”, e “ele poderá persistir como norma obrigatória depois deste reconhecimento”, o que significa dizer que “o ato inconstitucional ganha uma sobrevida que significa em termos crus que modifica, ou modificou a Constituição, pelo tempo em que foi tolerado”⁶⁵⁸. E tudo isso “a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* (sic)”⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 11-2.

⁶⁵⁷ FERREIRA FILHO, O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade, p. 11-2.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 11-2; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 544-5.

⁶⁵⁹ STRECK, loc. cit.

1.6.3 A opinião daqueles que questionam a validade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99

Há aqueles, por outro lado, que questionam a validade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Primeiro, porque, ao admitir a eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade, estar-se-ia necessariamente admitindo que a norma inconstitucional produziu, ainda que durante certo período, efeitos válidos, o que colidiria com a supremacia da Constituição, na medida em que permitiria que uma norma infraconstitucional se sobrepusesse à Constituição durante certo período⁶⁶⁰.

Segundo, porque a atribuição ao Supremo Tribunal Federal de competência para definir a eficácia da decisão de inconstitucionalidade “tem o condão de disponibilizar, a este, a própria constitucionalidade da lei”, quando “nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão”, de modo que se estaria concedendo ao Supremo Tribunal Federal “um espaço de arbitrariedade”, que “viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”⁶⁶¹.

Terceiro, porque a matéria atinente aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade constitui matéria eminentemente constitucional, de modo que apenas a Constituição ou o Supremo Tribunal Federal, no exercício de suas competências constitucionais poderiam introduzir alterações na disciplina da eficácia da

⁶⁶⁰ BINENBOJM, Aspectos Processuais do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Leis no Brasil, p. 169.

⁶⁶¹ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 544-5.

decisão de inconstitucionalidade, não podendo fazê-lo mera lei ordinária, como a Lei nº 9.868/99⁶⁶². Sublinha-se que a admissão de que a matéria pudesse ser regulada por lei ordinária acabaria por criar um verdadeiro paradoxo, na medida em que o controle de constitucionalidade constitui um controle sobre a atividade legislativa do Poder Legislativo e do Poder Executivo, e, se se admitisse que ele pudesse ser disciplinado por meio de lei ordinária, estar-se-ia admitindo que o Poder controlado poderia limitar o controle que sobre ele se exerce⁶⁶³.

1.6.4 A opinião daqueles que entendem que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não introduziu qualquer alteração no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro

Há, por fim, aqueles que se manifestaram no sentido de que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 nada mudou.

Sustenta-se que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 de modo algum comprometeu a doutrina que afirma a nulidade da norma inconstitucional e a natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade, senão que a reafirmou, uma vez que “deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por ‘razões de segurança pública ou de excepcional interesse social’”⁶⁶⁴, em que se admite que o Supremo Tribunal Federal “limite os efeitos retroativos da declaração de invalidade,

⁶⁶² FREIRE JÚNIOR, A Inconstitucionalidade da Regulamentação dos Efeitos do Controle de Constitucionalidade em Abstrato Através de Lei Ordinária, p. 19, 22; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 165, 178; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 99; SILVA, Sérgio André G. da. Comentários Acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato de Constitucionalidade das Normas Tributárias, p. 151; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 425-6.

⁶⁶³ FREIRE JÚNIOR, op. cit., p. 23; PIMENTA, loc. cit.

⁶⁶⁴ ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 49.

mantendo atos ou situações jurídicas anteriores, mesmo que originalmente ilegítimas”⁶⁶⁵.

Recorda-se que “não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*”, e que, “[d]iante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador — e esse é o seu papel — ponderar os bens jurídicos em conflito” e “optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima”⁶⁶⁶.

Assinala-se que é justamente essa a hipótese prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99: “um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia”, pondo-se, de um lado, (a nulidade do ato) e, do outro, (o sério comprometimento com a segurança jurídica ou de excepcional interesse social)⁶⁶⁷.

E é para dirimir este conflito que o Supremo Tribunal Federal “faz prevalecer o bem jurídico que considera ser mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula”⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 148.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 49-50.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 49-50.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 49-50.

Afirma-se, então, que o Supremo Tribunal Federal, ao manter atos praticados com base em lei inconstitucional em nome da segurança jurídica ou do excepcional interesse social, “não está declarando que foram atos válidos” ou “assumindo a função de ‘legislador positivo’, criando uma norma [...] para validar atos inconstitucionais”, mas sim exercendo uma “típica função de juiz”, qual seja, a de “preservar determinado *status quo* formado irregularmente”⁶⁶⁹.

Conclui-se, por fim, que “[i]sso é julgar, não legislar”, uma vez que “[o] legislador cria normas para disciplinar situações futuras”, ao passo que o Supremo Tribunal Federal, ao valer-se do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, “faz juízo de valor sobre fatos já passados”⁶⁷⁰.

1.6.5 O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal ainda não emitiu um posicionamento definitivo acerca da constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154 – DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.258 - DF.

No entanto, encontram-se manifestações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a regra da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, que, já antes, comportava temperamentos e abrandamentos, passou a admitir exceções com a edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, nos casos ali previstos.

⁶⁶⁹ ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 49.

Afirma-se, por exemplo, que “[a] declaração de inconstitucionalidade decorrente da procedência de ação direta tem efeitos **ex tunc**, regra que somente admite exceção na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99”⁶⁷¹, ou que “a regra é que as decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade tenham efeitos **ex tunc**, ou seja, declarem a nulidade do ato normativo impugnado desde sua edição”, reconhecendo-se, no entanto, que esta regra “tem sua exceção prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99”, que “possibilita ao Plenário [...] restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”⁶⁷². Admite-se, ainda, que, “no controle concentrado os efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade podem ser **ex tunc**, **ex nunc** e até pró-futuro”⁶⁷³.

Além disso, apesar de inexistir uma posição definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a questão vem sendo objeto de intensa discussão no âmbito daquela Corte, especialmente no que tange à eficácia que deve ser atribuída à decisão de inconstitucionalidade, caso o acórdão seja silente a esse respeito, e sobre a necessidade de o Supremo Tribunal Federal manifestar-se expressamente acerca da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, sob pena de incidir em omissão.

Apona-se que “[a] regra no tocante à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo vem sendo a de emprestar-se a eficácia desde nascedouro”, vale dizer, “o

⁶⁷⁰ Ibidem, p. 49-50.

⁶⁷¹ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 483-2* – PR. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2001.

⁶⁷² BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 483-2* – PR. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2001. Voto do Min. Ilmar Galvão; BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6* - RS. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2003. Voto do Min. Ilmar Galvão.

pronunciamento do Supremo Tribunal Federal invariavelmente [...] tem sido no sentido de fulminar a lei desde a vinda ao mundo jurídico”, e que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, reconhecida a inconstitucionalidade da norma, “[a] ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção de termo inicial diverso”⁶⁷⁴. Recordar-se, por outro lado, que não obstante o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 revista-se de suma importância, tendo em vista a possibilidade extraordinária de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que este pronunciamento só tenha eficácia a partir de certo momento que venha a ser fixado pelo Tribunal, sua validade é objeto de questionamento em sede de fiscalização abstrata, indagando-se se seria conveniente o Tribunal, ao aplicar o dispositivo em algum julgamento, acabar por “antecipar a sua decisão sobre a legitimidade constitucional do preceito”⁶⁷⁵. Sustenta-se, ainda, que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 “encerra exceção e deve incidir [...] em hipóteses nas quais a declaração de inconstitucionalidade implique repercussões que possam colocar em jogo a segurança jurídica acionando-se, assim, a cláusula da homenagem ao interesse social”⁶⁷⁶. Afirma-se, ainda, que a prática usual do Supremo Tribunal Federal é a de “proclamar a inconstitucionalidade sempre com a eficácia *ex tunc*”, de modo que, à míngua de ressalva expressa, a eficácia da decisão será “ditada pela natureza írrita da lei, do ato normativo”⁶⁷⁷. Sustenta-se também que “[o] efeito normal continua a ser a inconstitucionalidade como nulidade *ex tunc*” e que, quando da edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, “havia um estado da jurisprudência

⁶⁷³ BRASIL. *Ag em RE 394.010 - 4* – RS. Relator: Min. Carlos Velloso, 2004. Voto do Min. Carlos Velloso.

⁶⁷⁴ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6* - RS. Relator: Ministro Presidente, 2003.

⁶⁷⁵ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6* - RS. Relator: Ministro Presidente, 2003. Voto do Min. Celso de Mello.

⁶⁷⁶ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6* - RS. Relator: Ministro Presidente, 2003. Voto do Min. Ilmar Galvão.

constitucional, presumidamente fundado na Constituição”, de modo que, diante do silêncio do acórdão, há que se presumir que a eficácia da decisão de inconstitucionalidade é a *ex tunc*, sendo demasiado passar-se a exigir, após o advento do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que o Supremo Tribunal Federal manifeste-se expressamente acerca da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, sob pena de incorrer em omissão⁶⁷⁸. Aponta-se, outrossim, que o momento oportuno para a atribuição de eficácia outra que não a retroativa para a declaração de inconstitucionalidade “é o instante da declaração”, na medida em que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 diz que “ao se declarar a inconstitucionalidade, o Tribunal poderá, ou seja, é preciso que, na hora da declaração, isso seja examinado”, e que não se pode considerar como omissão o silêncio da decisão acerca do momento a partir do qual a decisão produziria efeito, dado que, se o Tribunal desejasse que a decisão produzisse efeitos a partir de outro momento que não o da publicação da lei inconstitucional, deveria havê-lo dito expressamente, e, se não o fez, foi porque não o quis⁶⁷⁹.

Há, por outro lado, manifestações no sentido de que, “[s]e os parâmetros envolvidos ou previstos no art. 27 — segurança jurídica ou interesse social — também forem parâmetros constitucionais, a questão poderá ser agitada, eventualmente, em sede de embargos de declaração”, já que é “possível, sim, dizer que o Tribunal foi omissivo ao não vislumbrar todas as conseqüências de uma declaração de inconstitucionalidade”⁶⁸⁰. Também nesse sentido, sugere-se que, como “[o] acórdão dos embargos de declaração completa o acórdão embargado”, deveria ser suscitada uma questão de ordem, uma vez

⁶⁷⁷ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6 - RS*. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2003. Voto do Min. Marco Aurélio.

⁶⁷⁸ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6 - RS*. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2003. Voto do Min. Sepúlveda Pertence

⁶⁷⁹ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6 - RS*. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2003. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. Voto do Min. Moreira Alves.

que a decisão que deveria ser proferida naquele julgamento dependeria “do que for decidido na ação direta, em que se argúi a inconstitucionalidade do art. 27”, na medida em que “se constitucional o dispositivo legal, cumpriria ao Tribunal dizer se seria *ex tunc* ou *ex nunc*”, pois, se o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, não se pronunciar sobre o momento a partir do qual da decisão produzirá efeitos, incorrerá em omissão, que poderia ser suprida por meio de embargos de declaração⁶⁸¹.

Acerca do conteúdo dos conceitos incluídos na cláusula “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, já afirmou o Supremo Tribunal Federal que a segurança jurídica “encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito” e o excepcional interesse social “pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais”, e, na medida em que se entenda que “os conceitos jurídicos indeterminados utilizados — segurança jurídica e excepcional interesse social — se revestem de base constitucional”, resta evidente que “a norma contida no art. 27 da lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo”⁶⁸².

Recorda-se, ademais, que “o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”⁶⁸³.

⁶⁸⁰ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6 - RS*. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2003. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. Voto do Min. Gilmar Mendes.

⁶⁸¹ BRASIL. STF. *EMB. DEC. na ADIn 1.498-6 - RS*. Relator: Min. Ilmar Galvão, 2003. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. Voto do Min. Carlos Velloso.

⁶⁸² BRASIL. *STR RE 197.917-8 - SP*. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.

⁶⁸³ BRASIL. *STR RE 197.917-8 - SP*. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.

Por fim, também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se manifestações no sentido de que as limitações à eficácia da decisão de inconstitucionalidade previstas no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 são aplicáveis não apenas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, mas também em sede de controle concreto de constitucionalidade, uma vez que “a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade”, abrangendo o “modelo de controle de constitucionalidade como um todo”, especialmente porque a variedade de instrumentos e métodos de controle de constitucionalidade “não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade das leis”⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ BRASIL. STR RE 197.917-8 – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002. Voto do Min. Gilmar Mendes.

2 REVISITANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

2.1 Premissas: supremacia e rigidez da Constituição e unidade e coerência do ordenamento jurídico

2.1.1 A supremacia e a rigidez da Constituição

As conseqüências da inconstitucionalidade da norma e a eficácia da decisão de inconstitucionalidade devem ser construídas a partir das características peculiares a cada ordenamento jurídico.

A primeira característica do ordenamento jurídico que contribui para a definição das conseqüências da inconstitucionalidade da norma é sua estruturação em um sistema escalonado de normas, que pode ser representado como uma pirâmide, em que as normas apresentam-se hierarquicamente ordenadas, havendo normas superiores e normas inferiores⁶⁸⁵⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p. 57; BASTOS, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, p. 64; BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 22, p. 78-106, out./dez. 1972. p. 79; BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis ; Brasília: Universidade de Brasília, 1989. p.49; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1113, 1116; FERREIRA, A Corte Constitucional, p. 41; Idem, A Jurisdição Constitucional, p. 210; KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 224, 246-7; Idem, *Teoria Geral das Normas*, p. 332; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 277. PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 16; SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 28; TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 40; THEODÓSIO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei*, p. 102; ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 35.

⁶⁸⁶ MARCELO NEVES aponta que ordenamento jurídico não é estruturado em uma hierarquia absoluta, mas em uma hierarquia relativa e instável, uma vez que “o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico de normas, não se construindo e desenvolvendo, portanto, a partir de operações lógico-dedutivas, mas sim de processos técnicos de produção e aplicação normativas” (NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 46-7.), de modo que “[a] heteronímia significativa” e “as divergências e conflitos entre as diversas autoridades oficiais na interpretação-aplicação normativa” conduzem a situações em que a mesma norma pode ser considerada válida por determinadas autoridades oficiais, sendo, conseqüentemente, regularmente aplicada por elas, e ser considerada inválida por outras autoridades oficiais, que, então, deixam de aplicá-la (NEVES, *op. cit.*, p. 29.). E, ainda que exista um órgão encarregado de estabelecer um critério uniforme de interpretação, a divergência prevalecerá por tempo indeterminado, enquanto ele não se manifestar (NEVES, *loc. cit.*). “Por tudo isso, é insustentável a tese da *linearidade e perfeição* hierárquica do ordenamento jurídico” (NEVES, *loc. cit.*).

Neste sistema escalonado de normas, nesta pirâmide normativa, a Constituição ocupa o ponto mais elevado, o vértice, o ápice, afirmando-se sua supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

A supremacia da Constituição decorre, inicialmente, de sua origem.

A Constituição é obra do poder constituinte, que é um poder inicial, originário, incondicionado, autônomo, último, supremo, superior aos poderes por ele constituídos⁶⁸⁷. É da Constituição, editada pelo poder constituinte, que derivam todos os poderes constituídos⁶⁸⁸. É o poder constituinte, por meio da Constituição, que estabelece a legitimidade, a competência, a força, a proporção e os limites dos poderes constituídos⁶⁸⁹. Todos os poderes estão vinculados à Constituição, obra do poder constituinte, e devem a ela submeter-se e com ela conformar-se⁶⁹⁰. A Constituição, editada pelo poder constituinte, demarca suas próprias competências e é superior às normas infra-constitucionais, obra dos poderes constituídos, que representam um poder inferior, cuja competência é determinada e limitada pela própria Constituição⁶⁹¹. A

⁶⁸⁷ BARROSO, , *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 161; BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 58; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 52; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 101; TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 41; VELLOSO, *Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*, p. 44; Idem, *Temas de Direito Público*, p. 148.

⁶⁸⁸ FALCÃO, *O Poder Judiciário e a Nova Carta Constitucional*, p. 203; VELLOSO, *Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*, p. 44; Idem, *Temas de Direito Público*, p. 148.

⁶⁸⁹ BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p. 18; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 860; MONTEIRO, *O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo*, p. 101; SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p.502; Idem, *Curso de Direito Constitucional*, p. 45; STRECK, op. cit., p. 97.

⁶⁹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 860, 862; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 587; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*, p. 411-2; SOARES, *Poder Executivo e Inconstitucionalidade de Leis*, p. 234; STRECK, loc. cit., p. 101.

⁶⁹¹ BARBOSA *apud* THEODÓSIO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei*, p. 105; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 267; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 13; TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 41.

Constituição é o instrumento pelo qual se outorga aos atos do legislador sua autoridade, autoridade esta que eles não teriam por si mesmos⁶⁹².

Esse o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que “a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental [...] porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído” e que “[a] Constituição é superior às leis por ser obra do poder constituinte; ela indica os poderes do Estado, através dos quais a nação se governa, e ainda marca e delimita as atribuições de cada um deles”, inclusive do Poder Legislativo, que, tendo “sua existência e a extensão dos seus poderes definidos na Constituição, nesta há de encontrar, com a enumeração de suas atribuições, a extensão delas”⁶⁹³.

A Constituição “é ato da nação, em atitude soberana de se constituir a si mesma”, ao passo que a norma ordinária “é ato do legislador em atitude secundária de executar a Constituição”⁶⁹⁴; a Constituição “é instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado”, enquanto a lei é “para uso do mandato constitucional por um dos poderes instituídos na Constituição”⁶⁹⁵; a Constituição “é a vontade *direta* do povo” e a lei, “a vontade *dos seus representantes*”⁶⁹⁶.

Como a competência do legislador é atribuída pela Constituição e dela deriva, não é dado a ele editar normas que a contrariem ou que desbordem dos limites que

⁶⁹² CAMPOS, *Direito Constitucional*, p. 432-3.

⁶⁹³ BRASIL. STF *ADIn 2-1 – DF*. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Min. Paulo Brossard.

⁶⁹⁴ BARBOSA *apud* THEODÓSIO, Walter. Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 105.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁹⁶ BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p. 60.

foram por ela impostos a sua atuação⁶⁹⁷. Quando o legislador age *ultra vires*, quando extrapola as competências e os limites que lhe foram demarcados pela Constituição, quando exorbita o seu mandato, destrói a origem de seu poder, falseia a delegação de sua autoridade, incorre em um exercício de poder ilegítimo, age em desacordo com a vontade do povo, incorre em incompetência⁶⁹⁸.

Nesse sentido também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “a posição do legislador é a de um mandatário, cujos poderes precisos estão rigorosamente descritos no instrumento formal do mandato”, que é a Constituição, e, “[s]e os atos perpetrados pelo comissário, fóra das instruções do comitente, não obrigam — claro está que — não podem obrigar o povo leis decretadas pelo poder ordinário além dos limites constitucionais”⁶⁹⁹. Em idêntico sentido, afirma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que uma norma inconstitucional é “uma lei que o Congresso fez, sem poder fazer”, “[p]orque não estava em sua competência, porque escapava de suas atribuições, competência fixada pela Constituição, atribuições por ela demarcadas”, que o Poder Legislativo, quando age fora dos limites estabelecidos pelas competências que lhe são outorgados pela Constituição, “[p]rocede à semelhança do mandatário que ultrapassa os poderes conferidos no mandato” e age “como se fosse soberano, como se os seus poderes fossem ilimitados, quando eles são limitados pela Constituição, que é a lei que delimita o espaço no qual pode agir e expandir-se legalmente o Poder Legislativo” e que “uma lei é inconstitucional se e quando o

⁶⁹⁷ BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p. 40; BITTENCOURT, *O contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 64; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 268; MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 48; CAMPOS, *Direito Constitucional*, p. 433.

⁶⁹⁸ ANDRADE FILHO, *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 17; BARBOSA, loc. cit.; BARBOSA *apud* THEODÓSIO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei*, p. 105; CAMPOS, *op. cit.*, p. 432; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 97.

⁶⁹⁹ BRASIL. STF *Rep.* 322 – GO. Relator: Min. Cândido Motta, 1957.

legislador dispõe sobre o que não tinha poder para fazê-lo, ou seja, quando excede os poderes a ele assinados pela Constituição, à qual todos os Poderes estão sujeitos”⁷⁰⁰.

A supremacia da Constituição decorre, ainda, de sua rigidez.

Supremacia da Constituição e rigidez constitucional estão umbilicalmente ligadas, guardando entre si relação estreita e indissociável⁷⁰¹. A rigidez constitucional é condição da supremacia da Constituição e é também o mecanismo por meio do qual esta supremacia se manifesta⁷⁰². A supremacia da Constituição apresenta-se como um corolário, como uma decorrência, como uma conseqüência lógica e necessária da rigidez constitucional⁷⁰³. A supremacia da Constituição é uma nota fundamental das Constituições rígidas, que se colocam acima das normas ordinárias, num plano jurídico superior⁷⁰⁴.

Esse o entendimento adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que a supremacia da Constituição é um “consectário da rigidez normativa que ostentam os preceitos de nossa Constituição”⁷⁰⁵.

A rigidez constitucional, partindo da distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos — ainda que ambos os poderes sejam atribuídos ao mesmo corpo

⁷⁰⁰ BRASIL. STF *ADIn 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard.

⁷⁰¹ GARCIA, El Tribunal Constitucional Español, p. 57; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 46, 60, 243.

⁷⁰² BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 161; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1025; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 54, 99; THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 104; RAMOS, op. cit., p. 54-5.

⁷⁰³ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 276; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 42, 45; Idem, *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p. 502; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 21; VELLOSO, *Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*, p. 44; RAMOS, op. cit., p. 59.

⁷⁰⁴ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 124; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 12-3.

⁷⁰⁵ BRASIL. STF *RE 107.869-3* – SP. Relator: Min. Celio Borja, 1989. Voto do Min. Celso de Mello.

legislativo, operando-se a distinção apenas no plano formal e restringindo-se à previsão de procedimentos especiais a serem seguidos no exercício do poder constituinte —, estabelece uma discriminação entre a Constituição, editada pelo poder constituinte e as normas editadas pelo legislador ordinário⁷⁰⁶. Naqueles ordenamentos jurídicos em que não é possível estabelecer uma discriminação entre o poder constituinte e os poderes constituídos, não haverá como se cogitar de rigidez constitucional⁷⁰⁷.

A primeira característica que permite que se afirme ser uma Constituição rígida está na existência de um procedimento legislativo especial para a reforma constitucional, em regra mais solene, mais dificultoso e mais gravoso do que aquele aplicável às normas ordinárias.

Assim, a Constituição dir-se-á rígida quando suas normas apresentarem uma imutabilidade, ainda que relativa, da qual decorre uma estabilidade ou rigidez superior àquela de que as normas ordinárias desfrutam⁷⁰⁸. Uma Constituição rígida é uma Constituição que não pode ser modificada por meios comuns, por processos ordinários de elaboração legislativa; é uma Constituição que só pode ser alterada por meio de um procedimento especial, distinto daquele empregado na modificação das normas infra-constitucionais; procedimento este agravado, mais rigoroso, mais dificultoso, mais árduo, mais exigente, mais complexo, mais solene; com exigências processuais, formais e materiais, agravadas ou reforçadas, com resistências normativas à modificação da Constituição, que a própria Constituição estabelece e que não estão à disposição do

⁷⁰⁶ BITTENCOURT, *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 69; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 267; CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 31-2; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 13.

⁷⁰⁷ CLÈVE, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁰⁸ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 267; FERREIRA, *Princípios gerais de Direito Constitucional Moderno*, p. 133; *Idem*, Princípio da Supremacia da Constituição e Controle da Constitucionalidade das Leis, p. 18; VELLOSO, *Controle de Constitucionalidade na Constituição*

legislador ordinário⁷⁰⁹. Esta dificuldade formal para a alteração da Constituição funciona como um verdadeiro dique, que contém a onipotência do legislador, evitando que, por meio de maiorias ocasionais, ele quebre a diretriz assumida pelo poder constituinte⁷¹⁰. Procedimentos de revisão constitucional só existem em Constituições rígidas, pois, nas Constituições ditas flexíveis, não há qualquer processo especial para a sua transformação, podendo ser as modificações em seu texto realizadas por meio do procedimento legislativo ordinário⁷¹¹.

A distinção entre o procedimento de elaboração ou alteração das normas constitucionais e o procedimento de elaboração ou alteração das normas ordinárias, assim como a existência de um processo especial, e mais gravoso, para a elaboração, revisão ou alteração da Constituição, distinto do processo de elaboração da legislação infra-constitucional, não apenas permitem que se estabeleça uma discriminação, uma dicotomia, entre estas normas, mas também estabelecem um critério para distinguir normas de diferente hierarquia: as normas que apresentam idêntico procedimento de elaboração situam-se no mesmo nível hierárquico, ao passo que normas que possuem diferente processo de elaboração situam-se em distintos níveis hierárquicos, sendo que as normas que apresentam processo de elaboração mais complexo são as que ocupam o

Brasileira de 1988, p. 44; PONTES DE MIRANDA, Defesa, guarda e rigidez das Constituições. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 1-25, jul. 1946. p. 1.

⁷⁰⁹ BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 160; BASTOS, Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, p. 84; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 267; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 860, 862, 1025; KELSEN, La Garantie Juridictionnelle de la Constitution, p. 205; MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 41; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 121; Idem, *Teoria do Estado e da Constituição*. p. 397; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 13; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 54; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 40 e 45; Idem, Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina, p. 111; Idem, Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional, p. 502; Idem, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 40-1; KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 249; STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 98; THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 104.

⁷¹⁰ MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 62.

nível hierárquico mais elevado⁷¹². Em outras palavras, a previsão de um procedimento mais complexo e dificultoso para sua elaboração ou modificação justifica juridicamente a superioridade das normas constitucionais em relação às normas ordinárias⁷¹³.

A segunda característica que permite identificar uma Constituição rígida é a existência de mecanismos de controle da constitucionalidade da legislação infraconstitucional⁷¹⁴.

Controle de constitucionalidade e rigidez constitucional “são como o verso e o anverso de uma mesma medalha”⁷¹⁵. Se, por um lado, a rigidez da Constituição configura pressuposto do controle de constitucionalidade, por outro lado o controle de constitucionalidade constitui, ao mesmo tempo, pressuposto e consequência da rigidez da Constituição⁷¹⁶.

Diante da diferenciação entre as normas constitucionais e as normas ordinárias, que é característica da Constituição rígida, é indispensável que existam órgãos e procedimentos apropriados para verificar a conformidade das segundas em relação às

⁷¹¹ POLETTI, loc. cit.; RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 546.

⁷¹² BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 157; BASTOS, Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, p. 84; MONTEIRO, O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo, p. 101; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 16-7.

⁷¹³ BASTOS, loc. cit.; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 267.

⁷¹⁴ TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 41.

⁷¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Controle de Constitucionalidade das Leis. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 67, p. 64-72, jul./set. 1983. p. 65.

⁷¹⁶ BASTOS, op. cit., p. 85-6; Idem, Controle de Constitucionalidade das Leis, p. 65; BITTENCOURT, *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 9; DI RUFFÌA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 457-8; MELLO, *Da separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 36; THEODÓSIO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei*, p. 104; SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p. 501.

primeiras⁷¹⁷. Nas constituições rígidas, demanda-se uma “tutela específica da Constituição”⁷¹⁸, “um mecanismo de garantia ou controle”⁷¹⁹, um “sistema próprio de defesa”⁷²⁰, um guarda, “encarregado de defender a sua integridade”⁷²¹, competências de controle do cumprimento da Constituição⁷²², mecanismos que assegurem sua implementação⁷²³.

Além disso, a rigidez da Constituição, na medida em que permite a distinção entre as normas constitucionais e as normas ordinárias, possibilita a existência do controle de constitucionalidade, uma vez que, para que haja controle devem estar presentes, enquanto realidades autônomas, distintas, as normas controladas e o parâmetro utilizado para esse controle, o paradigma com o qual serão aferidas as normas controladas⁷²⁴.

Deve-se anotar, ainda, que o controle de constitucionalidade apresenta-se como nota peculiar das Constituições rígidas justamente porque visa a assegurar a supremacia da Constituição, que, como se viu, está intrinsecamente relacionada com as Constituições rígidas. A supremacia da Constituição constitui o fundamento jurídico do

⁷¹⁷ DI RUFFIA, *Direito Constitucional*, p. 457-8.

⁷¹⁸ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 43-4.

⁷¹⁹ BUSTAMANTE, A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 115-6.

⁷²⁰ SILVA, José Afonso da. Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina, p. 112.

⁷²¹ MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 83.

⁷²² CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.860.

⁷²³ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 99.

⁷²⁴ BARROSO, Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 234; BASTOS, Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, p. 83.

controle de Constitucionalidade e o controle de constitucionalidade apresenta-se como um corolário natural, como uma decorrência, da supremacia da Constituição⁷²⁵.

Com efeito, só se assegurará a supremacia, a soberania e a rigidez constitucional se se tiver um sistema eficiente de defesa da Constituição, que assegure que ela prevaleça sempre, que vença qualquer embate diante de normas infraconstitucionais que a antagonizem⁷²⁶. O controle de constitucionalidade é, portanto, um mecanismo para assegurar a rigidez da Constituição e sua supremacia⁷²⁷. Sem um mecanismo de controle de constitucionalidade, não haveria como se falar em primado da Constituição⁷²⁸; “[c]rê-la superior sem o aparelho de defesa é deixar tal conceituação de prevalência no plano puramente doutrinário, intelectual”⁷²⁹; a supremacia da Constituição e sua preeminência sobre as normas ordinárias seriam vãs e ilusórias⁷³⁰; a Constituição seria privada de sua força normativa ou vinculante, reduzida a uma fórmula vã, a uma tentativa frustra de regra permanente⁷³¹; a Constituição perderia o caráter de norma jurídica, para se tornar um

⁷²⁵ CAVALCANTI, *Do Controle da Constitucionalidade*, p. 10; MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 63; SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p.506; TEIXEIRA, *Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal*, p. 34.

⁷²⁶ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 17-8.

⁷²⁷ ALVIM, Arruda. A Declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 127-34, jan./mar. 1996. p. 129; BARRACHO, *Processo Constitucional*, p.157-8; BARROSO, *Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 233; Idem, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 161; BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 43-4; CLÉVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 25-6; FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 39; Idem, *O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade*, p. 2; MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 63; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 35; RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60, 243; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 53-4; SILVA, José Afonso da. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p.495; VELLOSO, *Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*, p. 44; Idem, *Temas de Direito Público*, p. 149; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 18.

⁷²⁸ BASTOS, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, p. 65.

⁷²⁹ PONTES DE MIRANDA. *Defesa, guarda e rigidez das Constituições*, p. 5.

⁷³⁰ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 268; VELOSO, loc. cit.

⁷³¹ MELLO, op. cit., p. 36; MENDES, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*.

conjunto de meras recomendações cuja eficácia ficaria à mercê do governante e do legislador⁷³².

E, assim definidas as características de uma Constituição rígida, não pode haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 apresenta-se como uma Constituição rígida em que se faz presente a supremacia da Constituição⁷³³.

Com efeito, constituindo a supremacia da Constituição pressuposto e corolário do Estado de Direito, a supremacia da Constituição Federal de 1988 encontra-se fundada já na definição da República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito”⁷³⁴⁷³⁵.

A supremacia da Constituição Federal de 1988 é evidenciada, ainda, pela determinação de que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, assegurando a proteção dos direitos fundamentais e a vinculação dos poderes estatais a eles⁷³⁶⁷³⁷.

⁷³² FERREIRA FILHO, O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade, p. 2.

⁷³³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 46.

⁷³⁴ LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 198; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 317; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 61; Idem, *Jurisdição Constitucional*, p. 311, 317; Idem, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁷³⁵ Constituição Federal, artigo 1º.

⁷³⁶ LIMA, loc. cit.; MARTINS, loc. cit.; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*, p. 61; Idem, *Jurisdição Constitucional*, p. 311, 317; Idem, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁷³⁷ Constituição Federal, artigo 5º, parágrafo 1º.

A supremacia da Constituição Federal de 1988 — e, especialmente, sua pretensão de eficácia — é demonstrada também pela previsão de que se concederá “mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁷³⁸⁷³⁹.

Da mesma forma, evidenciam a supremacia da Constituição Federal de 1988 e a submissão dos Poderes e dos Entes Federados a ela: a determinação de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem guardar a Constituição⁷⁴⁰, a possibilidade de a União intervir nos Estados⁷⁴¹, a obrigação de o Presidente da República cumprir a Constituição⁷⁴², sob pena de incorrer em crime de responsabilidade⁷⁴³, e a possibilidade de o Presidente da República vetar o projeto de lei que considere inconstitucional⁷⁴⁴.

A supremacia da Constituição Federal de 1988 é demonstrada, ademais, pela presença dos elementos que caracterizam um Constituição rígida, quais sejam: um procedimento especial para a reforma da Constituição, distinto e mais gravoso do que aquele aplicável à edição e reforma das normas infraconstitucionais; e mecanismos de controle de constitucionalidade.

⁷³⁸ LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 198; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 317; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 61; Idem, *Jurisdição Constitucional*, p. 311, 317.

⁷³⁹ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXI.

⁷⁴⁰ Constituição Federal, artigo 23, inciso I.

⁷⁴¹ Constituição Federal, artigo 36, inciso III.

⁷⁴² Constituição Federal, artigo 78.

⁷⁴³ Constituição Federal, artigo 85.

⁷⁴⁴ Constituição Federal, artigo 66, parágrafo 1º.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabelece um processo especial para a reforma da Constituição⁷⁴⁵, distinto e mais gravoso do que aquele previsto para a

⁷⁴⁵ Constituição Federal, artigo 60.

edição de normas infraconstitucionais⁷⁴⁶⁷⁴⁷. Há, ainda, a previsão de matérias que não podem ser objeto de emenda constitucional, entre as quais aquelas atinentes aos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição⁷⁴⁸⁷⁴⁹.

A Constituição Federal de 1988 prevê, outrossim, um complexo sistema de controle de constitucionalidade. Este sistema é integrado por mecanismos de controle concreto de constitucionalidade, exercido pelos Juízes e Tribunais e, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário⁷⁵⁰. Integram também o sistema de controle de constitucionalidade mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁷⁵¹, da Ação Declaratória de Constitucionalidade⁷⁵² e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁷⁵³. Há, por fim, mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, que podem ser exercidos por meio do Mandado de Injunção⁷⁵⁴, da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Finalmente, a supremacia da Constituição decorre também de sua posição

⁷⁴⁶ LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 198; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 317; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 61; Idem, *Jurisdição Constitucional*, p. 311, 317; Idem, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania.

⁷⁴⁷ Constituição Federal, artigos 61 e seguintes.

⁷⁴⁸ LIMA, loc. cit.; MARTINS, loc. cit.; MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 61; Idem, *Jurisdição Constitucional*, p. 311, 317; Idem, O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade; Idem, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão.

⁷⁴⁹ Constituição Federal, artigo 60, parágrafo 4º.

⁷⁵⁰ Constituição Federal, artigos 97 e 102, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”.

⁷⁵¹ Constituição Federal, artigo 102, inciso I, alínea “a”.

⁷⁵² Constituição Federal, artigo 102, inciso I, alínea “a”.

⁷⁵³ Constituição Federal, artigo 102, parágrafo 1º.

⁷⁵⁴ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXI.

como fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico⁷⁵⁵.

As normas jurídicas sempre encontram seu fundamento de validade em outras normas jurídicas e as normas que representam o fundamento de validade de outras normas situam-se em uma posição de superioridade, de preeminência, em relação a estas, ou seja, as normas de hierarquia superior são aquelas que constituem o fundamento de validade das normas situadas em hierarquia inferior⁷⁵⁶.

Isso porque, para que as normas superiores outorguem validade às normas inferiores, exigem que estas lhes sejam conformes⁷⁵⁷. Para uma norma ser considerada válida dentro de determinado ordenamento jurídico, ela deve ser produzida em conformidade, em harmonia, com o que determina, tanto em termos de procedimento, como em termos de conteúdo, a norma de hierarquia superior que representa seu fundamento de validade⁷⁵⁸. As normas de hierarquia inferior devem estar em

⁷⁵⁵ Entende-se por validade a circunstância de uma norma satisfazer os requisitos para que integre determinado sistema. Para HART, estes requisitos estão postos em uma “regra de reconhecimento”, que permite identificar quais as normas que integram o ordenamento jurídico (HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. 2. ed. México: Editora Nacional, 1980. p. 129 e 132.). Para GUASTINI, que se refere a validade em sentido forte ou pleno, estes requisitos constituem “critérios de identificação” próprios de cada sistema (GUASTINI, Riccardo. Concetti e Criteri di Validità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Milano, v. 43, n. 4, p.867-878, dic. 1989. p. 868.).

⁷⁵⁶ ABREU, João Leitão de. *A Validade da Ordem Jurídica*. Porto Alegre: Globo, 1964. p. 11; BASTOS, Controle de Constitucionalidade das Leis, p. 64; BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, p. 79; BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, s.d. p. 110-1; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1113; GUASTINI, Riccardo. Concetti e Criteri di Validità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Milano, v. 43, n. 4, p. 867-878, dic. 1989. p. 874; KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 214, 217, 232, 246-7; PIMENTA, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 16; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 12-3; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 47; VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 134; ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 35

⁷⁵⁷ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro, loc. cit., p. 79.

⁷⁵⁸ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 41; BORGES, *Ciência Feliz*, p. 110; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano, Giuffrè, 1998, p. 172; GUASTINI, Riccardo. Concetti e Criteri di Validità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Milano, v. 43, n. 4, p. 867-878, dic. 1989. p. 872; MIRANDA, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 241;

consonância com as normas de hierarquia superior, não podendo contrariá-las, pois, quando a norma de hierarquia inferior contraria a norma de hierarquia superior, vê-se privada de validade dentro do ordenamento jurídico⁷⁵⁹.

Assim, a Constituição, na medida em que constitui o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, sobrepõe-se a elas, está situada em posição superior a elas, ocupando o ápice, o vértice da pirâmide normativa⁷⁶⁰⁷⁶¹. Como a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais, estas normas lhe estão subordinadas, há “uma relação hierárquica (relação de fundamentação/derivação) necessária entre ambas”⁷⁶². Dada a supremacia da Constituição, todas as normas infra-constitucionais devem conformar-se com ela,

RAMOS, A *Inconstitucionalidade das Leis*, p. 33; SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 212-3; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 12-3.

⁷⁵⁹ ÁVILA, COFINS e PIS, p. 440; BASTOS, Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, p. 79; Idem, *Curso de Direito Constitucional*, p. 43-4; Idem, Controle de Constitucionalidade das Leis, p. 64; BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 93; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1113; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 42; THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 102.

⁷⁶⁰ ALVIM, Arruda. A Declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 127-34, jan./mar. 1996. p. 129; BARROSO, Poder Executivo, p. 392; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 63-4; CAETANO, Marcelo *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 28, p. 18-36, mar./abr. 1974. p. 19; CASTRO, Da Declaração de Inconstitucionalidade e Seus Efeitos, p. 21-2; ENTERRÍA, Tribunal Constitucional e Supremacia da Constituição, p. 5; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 42, 274; MANZATO, Maria Cristina Biazão. A Constituição Como Sistema de Princípios e Regras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 19, n. 52, p. 149-181, jul./set. 2005. p. 154; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 506; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 98; SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 28; SILVA, José Afonso da. Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina, p. 111-2; Idem, Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional, p. 502; Idem, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 216; TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 40; VELLOSO, Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988, p. 43-4; Idem, *Temas de Direito Público*, p. 147-8; VELLOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 17.

⁷⁶¹ Destaque-se que também na doutrina de HANS KELSEN a afirmação de que toda a legislação infra-constitucional busca seu fundamento de validade na Constituição é correta, mas deve ser matizada pela presença da “norma fundamental”, que é “a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa”. Esta “norma fundamental”, poderia ser enunciada da seguinte forma: “devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela” ou “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”. (KELSEN, *Teoria Geral das Normas*, p. 217-247 *passim*).

devem respeitá-la, devem submeter-se às balizas e limites nela contidos, não lhes sendo dado contrariá-la ou sobrepor-se a ela⁷⁶³.

Refletindo esse entendimento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que a superioridade normativa da Constituição traz ínsita a idéia de um estatuto fundamental, que “atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva instituída pelo Estado”⁷⁶⁴, que na Constituição “repousa o fundamento de validade e de eficácia do ordenamento positivo do Estado”⁷⁶⁵, que “[o]s atos de menor hierarquia normativa extrairão, do estatuto fundamental, o pressuposto de sua existência, validade e eficácia”⁷⁶⁶, que a Constituição é uma “lei suprema, hierarquicamente superior às demais leis, que lhe devem fidelidade e nela encontram a origem de sua validade”⁷⁶⁷.

2.1.2 A unidade e a coerência do ordenamento jurídico

A seguir, para se definir as conseqüências da inconstitucionalidade da norma e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, deve-se ter em conta a necessidade de que o ordenamento jurídico se apresente como uma unidade coerente.

⁷⁶² BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 43-4; CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 32.

⁷⁶³ ATALIBA, *República e Constituição*, p.42; CAETANO, Marcelo *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal*, p. 19; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1112; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 100; MANZATO, *A Constituição Como Sistema de Princípios e Regras*, p. 154; MARINHO, Josaphat. *Perspectivas do Controle de Constitucionalidade*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 45-46, p. 18-29, jan./jun. 1978. p. 20; MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 645; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 46; THEODÓSIO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei*, p. 104; VARGAS, Ângelo de Souza. *O Controle de Constitucionalidade e suas Implicações na Repetição de Indébito Tributário*. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 13, n. 63, p. 100-125, jul./ago. 2005. p. 102.

⁷⁶⁴ BRASIL. STF *RE 107.869-3 – SP*. Relator: Min. Celio Borja, 1989. Voto do Min. Celso de Mello.

⁷⁶⁵ BRASIL. STF *ADIn 2-1 – DF*. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

⁷⁶⁶ BRASIL. STF *ADIn 2-1 – DF*. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

⁷⁶⁷ BRASIL. STF *ADIn 2-1 – DF*. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard.

Com efeito, as normas jurídicas não existem isoladamente, elas se apresentam sempre em um ordenamento jurídico, que é constituído por normas que guardam relações particulares entre si e com o todo⁷⁶⁸.

Mas estas relações entre as normas e entre as normas e o todo não podem ser relações quaisquer. O ordenamento jurídico constitui um sistema, porque nele não podem coexistir normas incompatíveis, devendo as normas que compõem o ordenamento jurídico manter um relacionamento de coerência, de compatibilidade, entre si⁷⁶⁹. Há, no ordenamento jurídico, uma regra de coerência, que afirma que nele não devem existir antinomias⁷⁷⁰⁷⁷¹.

O ordenamento jurídico deve ser coerente, racional, lógico, deve poder ser descrito com proposições jurídicas harmônicas, que não se contradigam, não pode admitir contradições internas ou antinomias⁷⁷². Os diversos elementos que compõem o ordenamento jurídico devem guardar coerência entre si⁷⁷³. Qualquer incompatibilidade

⁷⁶⁸ BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 19; NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 19.

⁷⁶⁹ BOBBIO, op. cit., p. 19 e 80; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 17; VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 134.

⁷⁷⁰ BOBBIO, op. cit., p. 110.

⁷⁷¹ A doutrina não é unânime em relação à exigência de compatibilidade no ordenamento jurídico. MARCELO NEVES, por exemplo, afirma que, enquanto sistema proposicional monoempírico prescritivo ou normativo, o ordenamento jurídico “não está necessariamente subordinado às leis lógicas do pensamento, especialmente ao princípio lógico da não-contradição” e não possui a coerência como “uma nota essencial” e pode dela prescindir, por estar localizado “no ‘mundo’ da *práxis* e não na ordem do *logos* ou da *gnose*”; portanto, “duas normas realmente antinômicas podem pertencer a um mesmo ordenamento jurídico”, pois “a consistência internormativa não é condição necessária à pertinência de normas ao sistema jurídico” (NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 2-3, 34 e 39.).

⁷⁷² BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 193-4; FERRAZ JÚNIOR, *Constituição de 1988*, p. 76; THEODÓSIO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei*, p. 102; VARGAS, *O Controle de Constitucionalidade e suas Implicações na Repetição de Indébito Tributário*, p. 103; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 18.

⁷⁷³ SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 27.

contrastaria com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico⁷⁷⁴. Além disso, o ordenamento jurídico deve também se apresentar como uma unidade⁷⁷⁵, que constitui uma exigência de sua coerência narrativa⁷⁷⁶.

Admitida a exigência de compatibilidade das normas que compõem o ordenamento jurídico, para que uma norma se enquadre em um ordenamento, não basta que ela derive de uma das fontes autorizadas a editar normas por este ordenamento, senão que será necessário demonstrar-se também que ela não se revela incompatível com outras normas, de modo que nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas serão consideradas válidas, mas somente aquelas satisfizerem esse requisito de compatibilidade⁷⁷⁷. Verificada uma antinomia, ou seja, a existência de duas normas

⁷⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 47.

⁷⁷⁵ No que tange à unidade, afirma HANS Kelsen que, “[c]omo a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas”; “[a] norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum” (Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 217, 228-9.). NORBERTO BOBBIO aceita esta formulação, apontando que a norma fundamental “dá unidade a todas as outras normas”, “faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ‘ordenamento’” (BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p.49.). Além disso, afirma NORBERTO BOBBIO que “a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence ao um ordenamento; em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*” (BOBBIO, op. cit., p.62.). Ainda no que tange à unidade, salienta PETER HÄBERLE, que a circunstância uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” não colide com o postulado da unidade da Constituição, porque a legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição não é a mesma (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 29.). Competência formal como intérpretes da Constituição, possuem apenas “aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido” (HÄBERLE, loc. cit.). Para todos aqueles que não estão “formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição”, coloca-se a questão da legitimação e “uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita” (HÄBERLE, op. cit., p. 29-30.). Assim, “as regras básicas de interpretação remetem ao ‘concerto’ que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas” e a unidade da Constituição surge “da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes” (HÄBERLE, op. cit., p. 32-3.).

⁷⁷⁶ LIMA, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal, p. 185; SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação Conforme à Constituição - Verfassungskonforme Auslegung - no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 19-34, jul./set. 1999. p. 20.

⁷⁷⁷ BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 80-1

que não podem ser simultaneamente aplicadas, a solução deve ser a eliminação de uma delas ou de ambas⁷⁷⁸.

Destaque-se que a ordem interior e a unidade do ordenamento jurídico resultam das mais fundamentais exigências ético-jurídicas e estão radicadas na própria idéia de Direito⁷⁷⁹. Com efeito, para que a disciplina das relações sociais possa ser equilibrada e simétrica, o ordenamento jurídico deve ser concebido como uma construção coerente, composta por normas igualmente coerentes, que permitam um movimento harmônico do ordenamento jurídico⁷⁸⁰. Se se aceitar que o ordenamento possa admitir a existência de duas normas contraditórias, ambas simultaneamente válidas e eficazes, de modo que fosse indiferente a aplicação de uma ou de outra, ficando ao arbítrio daquele que tivesse que aplicá-las decidir qual delas seria aplicada, o ordenamento jurídico ver-se-ia privado da certeza e da justiça⁷⁸¹. O ordenamento jurídico não mais garantiria a certeza, entendida como possibilidade de se prever com exatidão as conseqüências jurídicas de cada conduta; nem a justiça, entendida como a exigência de se dispensar tratamento igual àqueles que se encontram em situação idêntica e de se tratar de forma diferente aqueles que estão em situação diferente, na medida desta diferença⁷⁸².

Pois bem, a unidade e a coerência do ordenamento jurídico estão fundadas justamente na Constituição. A Constituição representa a unidade na pluralidade das normas pertencentes ao ordenamento, exigindo que toda a norma infraconstitucional

⁷⁷⁸ Ibidem, p. 80, 91; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99.

⁷⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Int. e Trad. de A Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 18-9.

⁷⁸⁰ ROCHA, *O Princípio Constitucional da Igualdade*, p. 18.

⁷⁸¹ BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p.112-3.

⁷⁸² BOBBIO, loc. cit.; CANARIS, op. cit., p.18.

com ela se conforme⁷⁸³. A Constituição assegura também a coerência do ordenamento jurídico, rechaçando, de sua posição hierárquica superior, toda a norma infraconstitucional que com ela colida⁷⁸⁴.

Dado que o ordenamento jurídico deve evitar a existência de normas incompatíveis, ele deve conter mecanismos para a solução de antinomias. E, em um ordenamento jurídico, em que se consagre a supremacia da Constituição, situando-se esta na posição superior do ordenamento, em se tratando de normas incompatíveis que se situam em posições hierárquicas diferentes, como é o caso da inconstitucionalidade, este mecanismo materializa-se no “critério hierárquico”, estabelecido a partir da diferença de planos em que se situam as normas na hierarquia normativa⁷⁸⁵.

Veja-se que a estrutura escalonada do ordenamento jurídico revela-se, aqui, como manifestação da exigência de coerência que caracteriza o ordenamento jurídico e a inconstitucionalidade não decorre simplesmente da circunstância de a norma inconstitucional colidir com uma norma hierarquicamente superior, mas da circunstância de o ordenamento, devendo ser coerente, não poder conciliar-se com essa contradição⁷⁸⁶.

De acordo com o critério hierárquico, materializado na fórmula *lex superior derogat inferiori*, entre duas normas de estatura diferente que se revelem incompatíveis ou antinômicas, prevalece a hierarquicamente superior; opta-se pelo preceito de maior

⁷⁸³ FERRAZ JÚNIOR, *Constituição de 1988*, p. 77; THEODÓSIO, *Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei*, p. 102.

⁷⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, *Constituição de 1988*, p. 77.

⁷⁸⁵ BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 108-9.

⁷⁸⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 485.

graduação jurídica, a menos alta cede à mais elevada⁷⁸⁷. Estando as normas situadas em uma hierarquia inferior juridicamente subordinadas às normas de superior hierarquia, sempre que houver um conflito, a norma de hierarquia superior prevalecerá sobre a norma de hierarquia inferior; a incompatibilidade vertical resolve-se sempre em favor das normas de hierarquia superior⁷⁸⁸.

Esse o entendimento seguido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando afirma que “[o] problema do conflito de regras dentro de uma ordem normativa [...], para ser resolvido sistemicamente, impõe distinção preliminar quanto à graduação de sua positividade jurídica” e que “[t]ratando-se de normas situadas em planos desiguais de validade e eficácia, **resolve-se**, a incompatibilidade vertical, pelo **prevalhecimento** da regra de maior hierarquia”⁷⁸⁹.

Destaque-se que, em se tratando de normas situadas em diferentes níveis hierárquicos, a “regra de coerência” é dirigida não só ao legislador, que deve estabelecer apenas normas que não estejam em oposição a normas superiores, mas também ao Poder Judiciário, que, sempre que estiver diante de um conflito entre uma norma inferior e uma norma superior, deverá aplicar a norma superior⁷⁹⁰.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao consignar que “[t]odos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica –

⁷⁸⁷ BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p. 60; BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p.93; LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 167; MELLO, Oswaldo A. B. de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 90-1.

⁷⁸⁸ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 43-4; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 47; Idem, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 213; Idem, *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p. 503-4.

⁷⁸⁹ BRASIL. STF *ADIn 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

dos Tribunais, especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade”⁷⁹¹ e que “[a] convicção dos juízes e tribunais, de que uma lei ou ato do Poder Público é inconstitucional, só pode levá-los, no plano decisório, a uma única formulação: o reconhecimento de sua invalidez e a recusa de sua aplicabilidade”⁷⁹².

Destaca, ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a Constituição “não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações”⁷⁹³, que não constitui um “ordenamento a ser exposto nos dias tranquilos e amenos”, mas “um instrumento de governo a ser cumprido e respeitado dia a dia, sejam pacíficos ou tormentosos os tempos, e tanto mais necessário quanto maior a borrasca”⁷⁹⁴.

Ressalta o Supremo Tribunal Federal que o extravazamento dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos “põe gravemente em causa a supremacia, formal e material, da Constituição e gera situação de conflituosidade jurídico-institucional, na medida em que introduz fator de ruptura no equilíbrio entre os poderes do Estado”⁷⁹⁵.

Por fim, afirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que “[a] Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império

⁷⁹⁰ BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 111.

⁷⁹¹ BRASIL. STF *ADIn* 293-7 – DF. Relator: Min. Celso de Mello, 1993.

⁷⁹² BRASIL. STF *RE* 107.869-3 – SP. Relator: Min. Celio Borja, 1989. Voto do Min. Celso de Mello.

⁷⁹³ BRASIL. STF *ADIn* 293-7 – DF. Relator: Min. Celso de Mello, 1993.

⁷⁹⁴ BRASIL. STF *ADIn* 293-7 – DF. Relator: Min. Celso de Mello, 1993. Voto do Min. Paulo Brossard.

⁷⁹⁵ BRASIL. STF *ADIn* 293-7 – DF. Relator: Min. Celso de Mello, 1993. Voto do Min. Celso de Mello.

dos fatos e das circunstâncias”⁷⁹⁶, que “[a] defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental”⁷⁹⁷ e que o reconhecimento da inconstitucionalidade “se impõe, quaisquer que sejam as conseqüências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente”⁷⁹⁸. Isso porque “nada compensa a ruptura da ordem constitucional”; “[n]ada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental”⁷⁹⁹; e “sejam quais forem os objetivos conjunturais, ainda na hipótese de que efetivamente possam ser alcançados, são incapazes de compensar o ganho incalculável que acarreta o respeito à Constituição, mesmo quando esse respeito custe incômodos”⁸⁰⁰.

2.2 Conseqüências da inconstitucionalidade da norma

2.2.1 A invalidade da norma inconstitucional

Dadas as premissas anteriormente postas, acerca da supremacia e da rigidez da Constituição e da unidade e coerência do ordenamento jurídico, impõe-se como necessária a conclusão de que a conseqüência da inconstitucionalidade norma é sua invalidade.

Primeiro, porque, sendo a Constituição fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico, a validade das normas infra-constitucionais pressupõe

⁷⁹⁶ BRASIL. STF *ADIn* 293-7 – DF. Relator: Min. Celso de Mello, 1993.

⁷⁹⁷ BRASIL. *RE* 390.840 – MG. Voto do Min. Celso de Mello.

⁷⁹⁸ BRASIL. STF *Rep. 1.016* – SP. Relator: Min. Moreira Alves, 1979. Voto do Min. Moreira Alves.

⁷⁹⁹ BRASIL. *RE* 390.840 – MG. Voto do Min. Celso de Mello.

⁸⁰⁰ BRASIL. STF *ADIn* 293-7 – DF. Relator: Min. Celso de Mello, 1993. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

sua compatibilidade e conformidade com a Constituição⁸⁰¹. Só serão válidas aquelas normas que estiverem em consonância com a Constituição⁸⁰². A norma infraconstitucional que contrariar a Constituição, que for com ela incompatível, será necessariamente inválida, uma vez que carecerá de fundamento de validade⁸⁰³. Se a norma contraria a Constituição, não pode dela extrair seu fundamento de validade e, sem fundamento de validade, não pode ser tida por válida.

Outra conclusão não é possível, quando se tem em conta a exigência de unidade do ordenamento jurídico. De fato, não estando em conformidade com a Constituição, a validade da norma inconstitucional não pode dela derivar. Assim, para que fosse válida, deveria encontrar uma outra norma que funcionasse como seu fundamento de validade. E o conteúdo desta outra norma deveria necessariamente ser

⁸⁰¹ BUZAID, Alfredo Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 179, p. 14-37, set./out. 1958. p. 22; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos *apud* SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 34; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 98; SILVA, José Afonso da. Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina, p. 111-2; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de Constitucionalidade*, p. 23; THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 102; VELLOSO, Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988, p. 44; *Idem*, *Temas de Direito Público*, p. 148.

⁸⁰² ATALIBA, *República e Constituição*, p. 43; GARCEZ, *Nullidades dos Actos Jurídicos*, p. 364; MIRANDA, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 11; ROCHA, *loc. cit.*; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 47; *Idem*, Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional, p. 502; THEODORO JÚNIOR, O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado, p. 15; VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. Coisa Julgada Inconstitucional e a Aplicabilidade da Ação Rescisória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 197-226, jul./set. 2005. p. 220.

⁸⁰³ BARRACHO, *Processo Constitucional*, p. 159; BARROSO, Poder Executivo, p. 392; *Idem*, Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 158; BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 346-7; *Idem*, Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, p. 80; CAETANO, Marcelo *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 28, p. 18-36, mar./abr. 1974. p. 19; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 10; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 274; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 315-6; *Idem*, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 527; *Idem*, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 11; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 13-4; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 58; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 98; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 47; *Idem*, Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina, p. 111-2; *Idem*, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 213; THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 102-106 *passim*; ZAVASCKI, Eficácia das Liminares nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, p. 275.

oposto àquele da Constituição, já que a norma contrária à Constituição deveria estar em conformidade com ele, na medida em que dele extrairia seu fundamento de validade. Desta forma, o sistema passaria a conter duas normas que funcionariam como fundamento de validade último de outras normas, normas estas cujo conteúdo seria incompatível, o que permitiria a coexistência de normas incompatíveis dentro do mesmo ordenamento jurídico, privando-o de sua unidade⁸⁰⁴.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que “[o] repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição”, de modo que “preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica” devem guardar, “necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade”⁸⁰⁵.

E também a exigência de coerência do ordenamento jurídico conduz a essa conclusão. Com efeito, quando duas normas colidem, uma é, necessariamente, contrária ao direito estabelecido pela outra, de modo que se se cumprir uma, estar-se-á desrespeitando a outra⁸⁰⁶. Evidentemente, normas contraditórias não são aplicáveis simultaneamente, uma vez que a mesma conduta ou situação jurídica não pode ser disciplinada simultaneamente por normas que estejam em oposição contraditória, por normas contrastantes entre si, excluindo-se a dupla aplicação ou o duplo cumprimento

⁸⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, *Constituição de 1988*, p. 77.

⁸⁰⁵ BRASIL. STF *ADIn-QO 652-5* – MA. Relator: Min. Celso de Mello, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

⁸⁰⁶ BITTENCOURT, *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 63; LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 167.

simultâneos de normas contra-significativas⁸⁰⁷. Dessa forma, havendo contrariedade entre a Constituição e a norma, apenas uma delas poderá ser aplicada.

Ocupando a Constituição o vértice do ordenamento jurídico, a posição mais elevada na hierarquia jurídica, se uma norma infraconstitucional for contrária à Constituição, o conflito deve se resolver, necessariamente, a favor da Constituição e contra a norma infraconstitucional; a Constituição, sendo a norma superior, sempre prevalecerá sobre a norma infra-constitucional⁸⁰⁸⁸⁰⁹. A norma a ser respeitada, em qualquer circunstância, é a Constituição, e não a norma que com ela colide⁸¹⁰. Nunca se deve admitir que, sendo a Constituição agredida, ainda se reconheça a eficácia da norma que a agrida⁸¹¹. A norma inconstitucional não tem razão para ser aplicada; o próprio sistema a bane e impede que tenha eficácia, justamente em nome do prestígio da Constituição, que é dotada de primazia e superioridade⁸¹².

⁸⁰⁷ BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 193-4; VILANOVA, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, p. 146

⁸⁰⁸ ATALIBA, *República e Constituição*, p. 17; BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p. 55; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 479; BITTENCOURT, op. cit., p. 63; BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 35; Idem, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 130-1; FERREIRA FILHO, *O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade*, p. 3; MARINHO, *Perspectivas do Controle de Constitucionalidade*, p. 24; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 527; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 110; SILVA, José Afonso da. *Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina*, p. 112; Idem, *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p. 502.

⁸⁰⁹ MARCELO NEVES discorda dessa conclusão, assinalando que, não obstante a Constituição possua “supremacia hierárquica sobre os demais subsistemas que compõem o ordenamento, funcionando como fundamento de pertinência e critério de validade dos subsistemas infraconstitucionais” (NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 63.), tendo em vista as características do ordenamento jurídico como um sistema proposicional monoempírico prescritivo ou normativo, “o sistema jurídico reconhece a possibilidade de incompatibilidade entre normas legais e constitucionais”, na medida em que, admite “a pertinência inválida (defeituosa) de normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão”. (NEVES, op.cit., p. 76.).

⁸¹⁰ POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 120.

⁸¹¹ MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 109.

⁸¹² BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 346; Idem, *Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 81.

Nesse sentido, afirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, do choque entre a Constituição e a norma, resulta a invalidade da norma, “porque, ao ser elaborada, faltou aos actos de formação legislativa elemento essencial: a compatibilidade de seu enunciado com enunciado constitucional supremo”⁸¹³. Ou, ainda, quando aponta que “[t]odos os atos estatais devem guardar relação de conformidade com o texto constitucional, cuja irrecusável supremacia jurídica **condiciona** o próprio processo de positivação formal do direito objetivo” e que “[a] relação de **incompatibilidade vertical** entre o **ato fundante** (a Constituição) e os atos editados pelos poderes estatais meramente constituídos” “gera imediata sanção produzida pelo ordenamento jurídico, que afeta a própria validade e eficácia dos atos revestidos de **menor** grau hierárquico-normativo”⁸¹⁴.

E também a supremacia e a rigidez da Constituição impõem a invalidade da norma inconstitucional. Isso porque, se, dada a contrariedade entre a Constituição e a norma inconstitucional, prevalecesse a norma inconstitucional, ela estaria sobrepondo-se à Constituição, de modo que seria ela, e não a Constituição que seria suprema. Além disso, fosse a norma inconstitucional que prevalecesse, ela estaria alterando a Constituição e, havendo sido editada de acordo com os procedimentos característicos da edição de normas ordinárias, isso significaria admitir que a Constituição poderia ser alterada pelos mesmos mecanismos empregados na edição ou alteração das normas ordinárias e não pelos meios reservados à reforma constitucional, e, conseqüentemente, que a Constituição não seria mais rígida⁸¹⁵. Mais: se a Constituição pode ser alterada

⁸¹³ BRASIL. STF *RE 78.533-7* –SP. Relator: Min. Firmino Paz, 1981. Voto do Min. Firmino Paz.

⁸¹⁴ BRASIL. STF *ADIn 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

⁸¹⁵ BARBI, Celso Agrícola. A Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 4., p. 34-43, abr./jun. 1968. p. 34-5; SILVA, José Afonso da. Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina, p. 111-2; Idem, *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*, p. 502.

pelos mesmos meios utilizados para a edição ou alteração da legislação ordinária, ela não mais se distingue das normas ordinárias, não mais sendo suprema, de modo que admitir a validade da norma inconstitucional seria também negar a supremacia da Constituição⁸¹⁶. Seria admitir que os atos dos poderes constituídos é que seriam supremos e incontrastáveis, não obstante os limites que a Constituição lhes impõe, podendo tentar as usurpações de caráter mais suspeito e temeroso, sem nenhum remédio⁸¹⁷.

Destaque-se que a invalidade da norma surge com sua inconstitucionalidade e essa inconstitucionalidade nem sempre existe desde a edição da norma, podendo surgir em momento posterior.

Isso porque a validade da norma deve ser aferida à cada momento, enquanto ela viger, de modo que o conflito entre a norma legal e a Constituição pode se verificar depois da entrada em vigor de ambas, podendo ocorrer que uma norma validamente editada ou recepcionada por um novo Texto Constitucional, venha a, posteriormente, revelar-se incompatível com a Constituição, tornando-se inconstitucional, em virtude de fato ou circunstância que venha a colhê-la em seu ciclo de existência⁸¹⁸.

⁸¹⁶ BARBI, op. cit., p. 34-5; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 263, 312; ANDRADE FILHO, *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, p. 90-1; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 149-50; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 258.

⁸¹⁷ BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, p. 55.

⁸¹⁸ MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 542; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 488; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 118; ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 113.

A inconstitucionalidade pode, assim, decorrer de um “processo de inconstitucionalização”⁸¹⁹, de “um iter por meio do qual um ato normativo constitucional assume a configuração de inconstitucional”⁸²⁰, “de uma mais ou menos lenta transmutação de uma norma, de início conforme à Constituição [...], em inconstitucional”⁸²¹, transmutação esta que resulta de “um processo lento de transformação de concepções ideológicas, econômicas e sociais, ou de uma alteração relativamente profunda, mas de evolução quase imperceptível numa perspectiva de curto prazo, da situação que visa regular”⁸²².

Tem-se, então, a inconstitucionalidade superveniente, que se verifica quando uma norma originariamente legítima torna-se incompatível com a Constituição⁸²³⁸²⁴.

Uma das hipóteses em que esse fenômeno pode ocorrer é aquela em que se verifica o surgimento de uma nova Constituição ou a reforma da Constituição vigente, casos em que a norma torna-se inconstitucional por não mais se adequar ao Texto Constitucional, depois de sua alteração⁸²⁵.

Outra hipótese em que pode se verificar a inconstitucionalidade superveniente é aquela que decorre de uma modificação na exegese ou hermenêutica da norma

⁸¹⁹ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 256-8; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 88.

⁸²⁰ CLÈVE, loc. cit.

⁸²¹ MEDEIROS, loc. cit.

⁸²² Ibidem, p. 542.

⁸²³ ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 154.

⁸²⁴ RUI MEDEIROS estabelece uma distinção entre a inconstitucionalidade superveniente, em que se pode determinar com precisão o momento em que a norma se torna inconstitucional, e a “inconstitucionalidade deslizante”, resultante de um processo gradual, em que não é possível determinar com precisão o momento em que a norma se torna inconstitucional (MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 544.). Neste trabalho, empregamos a expressão inconstitucionalidade superveniente para englobar as duas hipóteses.

⁸²⁵ SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 118.

constitucional que funciona como parâmetro para que se afira a constitucionalidade da norma⁸²⁶.

Isso porque a Constituição está submetida a uma interpretação eminentemente evolutiva, que se impõe “pela necessidade de congregar as normas interpretadas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação)”, “pela necessidade de atender aos destinatários (os destinatários actuais, e não os do tempo da entrada em vigor das normas)”, e “pela necessidade de reconhecer um papel activo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação”⁸²⁷. Como toda interpretação, a interpretação constitucional “não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais”, mas o “produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”⁸²⁸. A interpretação é um processo “sempre produtivo (*Sinngebung*), e não meramente reprodutivo (*Auslegung*)”⁸²⁹. A interpretação da constituição permite ao juiz, “sob o impacto de circunstâncias não previstas pelo legislador”, ver no Texto Constitucional não uma letra morta, mas “um texto vivo, capaz de reações novas ante a provocação de situações supervenientes”, especialmente diante da “generalidade das normas e o seu destino de durar”, que possibilitam “construções fecundas”⁸³⁰.

⁸²⁶ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 118, 120, 122; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 23.

⁸²⁷ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 117.

⁸²⁸ BARROSO, Regime Constitucional do Serviço Postal, p. 180.

⁸²⁹ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 439.

⁸³⁰ CAMPOS, Constituição e realidade, p. 21.

Nesse contexto, é evidente que podem se verificar mudanças nas concepções que dirigem a interpretação da Constituição, especialmente porque, nos Textos Constitucionais, fazem-se presentes, em grande número, conceitos abertos, termos amplos e expressões que podem revelar múltiplos significados⁸³¹. A necessidade permanente de “adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa” impõe se admita transições constitucionais, que se traduzem em uma mudança de sentido da Constituição provocada pela evolução da realidade constitucional⁸³².

É justamente por isso, aliás, que os elementos sistemático, axiológico e teleológico desempenham um papel fundamental na interpretação da Constituição⁸³³, pois, adequadamente empregados, estes elementos podem “atenuar um eventual excesso de rigidez no plano normativo, permitindo à Constituição acompanhar a evolução da sociedade”⁸³⁴, pondo as Constituições, mesmo quando rígidas, em um estado de “eventual flexibilidade”, e permitindo-lhes se adaptar “às mutações da vida dos povos, que cada vez mais concorrem para, nesta hora de aceleração, tornar mais cambiante e instável a famosa realidade”⁸³⁵. Veja-se que “[a] dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição, e, por conseguinte, de sua estabilidade”⁸³⁶.

Dado o “natural dinamismo do domínio empírico sobre o qual se projeta a Constituição”, a “especial plasticidade de suas regras” e a “tensão dialética que tende a

⁸³¹ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 256-8; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 90.

⁸³² CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1192.

⁸³³ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 124.

⁸³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 223.

⁸³⁵ CAMPOS, *Constituição e realidade*, p. 22.

se estabelecer entre as mesmas e o fato social”, a Constituição revela uma vocação para a “interpretação evolutiva”, não sendo incomum que “mudanças históricas ou fatores políticos e sociais desencadeiem mutações constitucionais”⁸³⁷, de modo que “a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria”⁸³⁸. A partir de sua edição, “o sentido da norma pode sofrer alterações, sob o influxo das variações ocorridas na realidade sobre a qual ela incide”⁸³⁹, na medida em que freqüentemente a conjuntura influencia a interpretação da Constituição⁸⁴⁰.

Vê-se, então, que “[a] constituição democrática não é um bloco de concreto”, mas “um texto vivo”; que expressa “uma realidade cultural dinâmica”; que “visualiza o presente, mas se projeta para o futuro”; que está “aberto às novas idéias, concepções e exigências sociais, a outras contingências normativas e extranormativas”; que é sensível ao progresso e às transformações; que está submetido a “processos oblíquos de adaptação”, “às infindáveis mutações da realidade”; que, enfim, está “num constante processo de recepção, de expansão, de adaptação à sua época”⁸⁴¹.

Essas características se acentuam por ser a Constituição um sistema normativo aberto, necessariamente incompleto, que evolui e se modifica; capaz de absorver os valores que afloram na sociedade; que interage com o ambiente; capaz de receber elementos novos sem alterar sua estrutura; capaz de trocar energia, matéria, informação, em uma verdadeira comunicação entre o sistema e o meio; capaz de receber os insumos

⁸³⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 23.

⁸³⁷ SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 122 e 124.

⁸³⁸ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 86; Idem, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 240

⁸³⁹ SARMENTO, op. cit., p. 124.

⁸⁴⁰ CAVALCANTI, *Do Controle da Constitucionalidade*, p. 75.

(*inputs*) da sociedade, processá-los e devolvê-los ao ambiente como produtos (*outputs*)⁸⁴².

E se acentuam ainda mais a partir da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” preconizada por PETER HÄBERLE, em que o processo de interpretação constitucional é um processo aberto, muitas vezes difuso, que admite possibilidades e alternativas diversas e que não constitui um evento exclusivamente estatal, senão que envolve um círculo bastante amplo de participantes, incluindo não apenas os órgãos estatais, mas também as potências públicas e os cidadãos e grupos, de modo que não é possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, uma vez que, ainda que persista “a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral a última palavra sobre a interpretação”; todo aquele que vive uma norma acaba por interpretá-la e toda a atualização da Constituição pela atuação de determinado indivíduo representa uma interpretação constitucional antecipada⁸⁴³.

Por todas essas razões, a Constituição pode ser comparada a uma ponte: “A rigidez de sua estrutura deve combinar resistência e elasticidade, de tal sorte que, se não deve ceder à menor pressão, também não pode manter-se totalmente estática diante de grandes vendavais, sob pena de sua destruição total”⁸⁴⁴. Ou, ainda, na lição de KARL LOEWENSTEIN:

Cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está submetida à dinâmica da realidade que jamais

⁸⁴¹ VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 259-60.

⁸⁴² MANZATO, *A Constituição Como Sistema de Princípios e Regras*, p. 150 e 158.

⁸⁴³ HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional*, p. 11-31 passim.

⁸⁴⁴ RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 223.

pode ser captada por meio de fórmulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica a si mesma e está submetida constantemente ao *panta rhei* heraclítico de todo o que vive.⁸⁴⁵

É justamente em função dessas características da Constituição e da interpretação evolutiva a que ela está submetida, que se verifica o fenômeno da mutação constitucional⁸⁴⁶⁸⁴⁷, que consiste na modificação, não do texto da Constituição, mas de seu significado, sentido e alcance⁸⁴⁸. Trata-se de uma alteração que se processa lentamente e só se torna perceptível “quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”⁸⁴⁹.

E, alterado o significado da Constituição, pode ocorrer que a norma deixe de estar em conformidade com este novo significado, tornando-se, conseqüentemente, inconstitucional.

Por fim, a inconstitucionalidade superveniente pode decorrer de alterações no contexto fático em que as normas devem ser aplicadas.

⁸⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 164.

⁸⁴⁶ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, recorrendo à expressão cunhada por Burdeau, afirma que a mutação constitucional é obra do “poder constituinte difuso”, cuja função é preencher vazios constitucionais, continuando a obra do constituinte, e cuja legitimação é uma decorrência lógica da Constituição, que “é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo : Max Limonad, 1986. p. 11.).

⁸⁴⁷ Destaque-se que a mutação constitucional só se legitima enquanto ato de interpretação (CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1192.) e, como tal, “não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição”, restringindo sua atuação a “precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional” (FERRAZ, loc. cit.); “uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido” (LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 454.)

⁸⁴⁸ FERRAZ, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, p. 9-10; LOEWENSTEIN, op. cit., p. 165; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 338-9; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 58; SARMENTO, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, p. 122.

Com efeito, observa-se que “as leis muitas vezes repousam sobre certas premissas fáticas, cuja alteração pode convertê-las em normas inconstitucionais”⁸⁵⁰; que “a relação de harmonia entre a norma constitucional e as normas ordinárias poderá ficar comprometida por fatos sobrevindos, que alterem a realidade social”⁸⁵¹; que “a norma legal que não podia ser acoimada de inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se suscetível de censura judicial em virtude de uma profunda mudança nas relações fáticas”⁸⁵²; que a “lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a tornar-se com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas”⁸⁵³; que a incompatibilidade pode se verificar em função de mudanças nas “relações fáticas subjacentes à norma”, nos “pressupostos fáticos da norma legal”⁸⁵⁴, “em virtude de alteração nas circunstâncias fáticas”⁸⁵⁵, “em face de mudança da realidade social”⁸⁵⁶, “em razão de supervenientes modificações no estado de fato”, “em face de substanciais mudanças da realidade social em que atua”⁸⁵⁷, ou de “efetiva alteração da realidade social”⁸⁵⁸.

Assim, a norma inconstitucional padece de invalidade, invalidade esta que se opera *ipso jure*, a partir do momento em que se verifica a inconstitucionalidade.

2.2.2 A inexistência da norma inconstitucional

⁸⁴⁹ FERRAZ, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, p. 9.

⁸⁵⁰ SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, p. 118, 120.

⁸⁵¹ ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 114.

⁸⁵² MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 88 e 394.

⁸⁵³ *Ibidem*, p. 334-5

⁸⁵⁴ SARMENTO, *loc. cit.*

⁸⁵⁵ CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 256-8.

⁸⁵⁶ ZAVASCKI, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 154.

⁸⁵⁷ *Ibidem*, p. 113.

Da invalidade da norma inconstitucional decorre sua inexistência enquanto norma jurídica, enquanto norma integrante do ordenamento jurídico estruturado sob a Constituição.

É certo que a norma jurídica para valer, deve haver sido posta, enquanto norma⁸⁵⁹. Não há como se emitir um juízo sobre a validade de uma norma que não houver sido posta⁸⁶⁰. Mas aqui se está referindo à existência fática de uma norma, enquanto veículo de um determinado conteúdo deôntico, sem ainda lhe emprestar o adjetivo “jurídica” e, conseqüentemente, sem se emitir um juízo acerca de sua existência enquanto norma jurídica.

Para que uma norma integre determinado ordenamento jurídico, ela deverá satisfazer os requisitos para seu ingresso neste ordenamento, ou, em outra palavras, deverá ser válida⁸⁶¹. A validade da norma corresponde justamente à circunstância de haver sido elaborada em conformidade com os requisitos, com os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico em que pretende se inserir, em especial aqueles requisitos e preceitos previstos na Constituição⁸⁶².

Ressalta-se que, quando se afirma a inexistência da norma inconstitucional, está-se afirmando que ela não existe enquanto norma jurídica, enquanto parte do ordenamento jurídico. Está-se referindo não à existência fática, nem mesmo à existência

⁸⁵⁸ MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 23.

⁸⁵⁹ KELSEN, *Teoria Geral das Normas*, p. 215-6.

⁸⁶⁰ GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da lei tributária - repetição de indébito*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 34.

⁸⁶¹ HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. 2. ed. México: Editora Nacional, 1980. p. 135.

⁸⁶² ÁVILA, COFINS e PIS, p. 437; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 273-4; MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*, p. 2; NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 69-70; ZANCANER, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 34 e 40.

enquanto norma, mas à existência como norma jurídica, como norma que integra o ordenamento jurídico, entidade ideal que veicula um dever ser⁸⁶³.

Se a norma houver sido posta e valer, existirá enquanto norma jurídica, pois a validade de uma norma jurídica é sua específica existência⁸⁶⁴. A validade não é uma qualidade da norma jurídica, mas sua própria existência⁸⁶⁵. Apenas a norma válida pode existir como parte do ordenamento jurídico, enquanto norma jurídica⁸⁶⁶. Assim, não há como se falar em uma norma jurídica inválida; uma norma jurídica inválida constituirá uma *contradictio in adjecto*⁸⁶⁷.

Ao contrário do que afirma prestigiosa doutrina⁸⁶⁸, a simples circunstância de a norma existir enquanto norma, de haver sido posta pela autoridade competente para criar a norma não é suficiente para que a norma exista enquanto norma jurídica⁸⁶⁹. Se a norma posta não valer, não existirá enquanto norma jurídica⁸⁷⁰. Sendo inválida, a norma não existe dentro do ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, não existe enquanto norma jurídica, na medida em que uma norma jurídica não existe fora do ordenamento

⁸⁶³ BORGES, *Ciência Feliz*, p. 108; KELSEN, *Teoria Geral das Normas*, p. 3-4, 77, 215-6; NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 42-3.

⁸⁶⁴ KELSEN, op. cit., p. 3-4, 36, 77 e 215-6.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, p. 216-7.

⁸⁶⁶ ABREU, João Leitão de. *A Validade da Ordem Jurídica*. Porto Alegre: Globo, 1964. p. 10; HART, *El concepto de derecho*, p. 135-7; KELSEN, op. cit., p. 36; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 16.

⁸⁶⁷ KELSEN, op. cit., p. 216; *Idem*, *Teoria Pura do Direito*, p. 300.

⁸⁶⁸ ÁVILA, op. cit., p. 34; GUASTINI, Riccardo. *Concetti e Criteri di Validità*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Milano, v. 43, n. 4, p.867-878, dic. 1989. p. 868-9; LIMA, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, p. 189; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 19 e 32; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*, p. 418; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 595.

⁸⁶⁹ FRANCISCO, Natureza das normas e atos inconstitucionais, p. 631; KELSEN, *Teoria Geral das Normas*, p. 129.

⁸⁷⁰ *Ibidem*, p. 36, 215-6, 220; *Idem*, *Teoria Pura do Direito*, p. 296, 300; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 7-8.

jurídico⁸⁷¹. Terá apenas aparência de norma jurídica, que pode até ser duradoura, mas jamais terá validade, e, por conseguinte, existência enquanto norma jurídica⁸⁷².

Nesse sentido, manifestou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando discutiu a possibilidade de réus em processo penal se beneficiarem da redação contida em texto de lei publicado com incorreções, havendo sido o texto correto, tal como foi devidamente sancionado, publicado no dia seguinte, oportunidade em que afirmou que “[a] publicação infiel do texto não pode transformar o veto em sanção, pois a lei vale tal como foi emitida pelos Órgãos competentes”⁸⁷³. Asseverou-se que “[a] circunstância de haver sido publicado com erro no ‘Diário Oficial’ o texto da lei, sancionada e parcialmente vetada, nenhum relevo tem, por isso que operante é o veto desde que lançado nos autógrafos remetidos pelo Congresso Nacional”, e que “[a] publicação infiel de texto não teria em hipótese alguma o poder mirífico de transformar o veto em sanção”, de modo que “a lei vale tal como foi emitida pelos órgãos competentes, e não segundo os erros, omissões ou enxertos acaso existentes, na publicação, que se destina tão somente a fixar sua incidência no tempo” e “[r]etificado o texto publicado erroneamente, inicia-se novo prazo para sua vigência, nenhum valor podendo ser atribuído ao texto corrigido”⁸⁷⁴. Observou-se, ainda, que, havendo sido o dispositivo de que pretendiam beneficiar-se os recorrentes vetado pelo Presidente da República, “no uso de suas atribuições e dentro do prazo legal”, “a publicação feita não exerceu influência alguma sobre a validade”⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ BASTOS, Perfil constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, p. 79-80; THEODÓSIO, Da declaração de inconstitucionalidade da lei, p. 106; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 42; KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 298.

⁸⁷² MENDES, loc. cit.; CAMPOS, *Direito Constitucional*, p. 430 e 440.

⁸⁷³ BRASIL. STF *RCrim. 994* – DF. Relator: Min. Rocha Lagoa, 1953.

⁸⁷⁴ BRASIL. STF *RCrim. 994* – DF. Relator: Min. Rocha Lagoa, 1953. Voto do Min. Rocha Lagoa.

Esse também o entendimento seguido quando o Supremo Tribunal Federal discutiu a aplicação do parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 9.639/98 aos processos penais em curso. Na edição do Diário Oficial da União do dia 26 de maio de 1998, a Lei nº 9.639/98 foi publicada, contendo, em seu artigo 11, que concedia anistia aos “agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da lei n ° 8212, de 1991, e no art. 86 da lei nº 3807, de 26 de agosto de 1960”, o parágrafo único, que afirmava: “São igualmente anistiados os demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea d do art 95 da lei nº 8212, de 1991, e no art. 86 da lei nº 3807, de 1960”. Na edição do Diário Oficial da União do dia 27 de maio de 1998, no entanto, a Lei nº 9.639/98 foi republicada, sem este parágrafo único, explicitando-se que a lei fora republicada por haver saído com incorreção na publicação anterior.

Em informações prestadas pelo Congresso Nacional, esclareceu-se que, no Projeto de Lei de Conversão nº 4/98, proveniente de Medida Provisória nº 1608-14, não estava presente o parágrafo único do artigo 11, que constou no texto da Lei nº 9639/98, na publicação de 26 de maio de 1998. Informou-se, ainda, que, em 05 de maio de 1998, o relator da matéria apresentara versão do projeto em que constava o dispositivo do parágrafo único do artigo 11, mas, na sessão de aprovação, o relator apresentou novo texto do Projeto de Lei de Conversão, sem o parágrafo único, e foi essa a versão que veio a ser aprovado pelo plenário do Congresso Nacional. O que ocorrera fora que os autógrafos do Projeto de Lei de Conversão enviados ao Presidente da República continham o texto do parágrafo único do artigo 11, que foi sancionado e publicado, em 26 de maio de 1998. Imediatamente, o Congresso Nacional comunicou o erro ao

⁸⁷⁵ BRASIL. STF *RCrim. 994* – DF. Relator: Min. Rocha Lagoa, 1953. Voto do Min. Mário Guimarães.

Presidente da República, havendo sido, em consequência, republicado o texto da Lei nº 9.639/98, sem o parágrafo único do artigo 11, em 27 de maio de 1998.

Afirmou o Supremo Tribunal Federal que “[s]imples erro material na publicação do texto não lhe confere, só por essa razão, força de lei” e que o parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 9.639/98, por não haver sido aprovado pelo Congresso, não obstante constasse nos autógrafos do projeto de lei e houvesse sido sancionado pelo Presidente da República, “padecia [...] de inconstitucionalidade formal”, de modo que se declarou “*incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da lei nº 9639/1998, com a redação publicada no Diário Oficial da União de 26 de maio de 1998, por vício de inconstitucionalidade formal manifesta decisão que, assim, possui eficácia *ex tunc*”⁸⁷⁶.

Rechaçou-se a aplicação do parágrafo 4º do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina “[a]s correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova” e com base em que se pretendia afirmar que, como o artigo 14 da Lei nº 9.639/98 determinava que ela entraria em vigor no dia de sua publicação, a alteração introduzida na republicação deveria ser considerada como “lei nova”, de modo que, ainda, que apenas durante um dia, o parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 9.639/98 haveria incidido, o que justificaria sua aplicação aos processos em curso.

Afirmou-se que a questão “não encontraria solução na lei de introdução ao cód. Civil, art. 1º e seus parágrafos”⁸⁷⁷, pois se estava diante da “inexistência da votação” e “[n]ão se corrige o que não existe”, de modo que “[n]ão houve correção nenhuma de

⁸⁷⁶ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998.

textos individuais, mas, sim, a mera supressão daquilo que não existia” e que, em verdade, se estava “perante um texto inconstitucional, o parágrafo único do art. 11, porque não obedeceu ao progresso legislativo”, diante de “uma inconstitucionalidade decorrente de vício formal pela não-observância do processo legislativo relativo à conversão das medidas provisórias”⁸⁷⁸.

Apontou-se, ainda, que, o parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 9.639/98, “porque não aprovado pelo Congresso Nacional, não poderia incidir validamente, eis que maculado com o vício de inconstitucionalidade formal”, que “[n]ão é norma legislativa, porquanto não aprovada pelo poder legislativo, embora a sanção presidencial, a promulgação e a publicação”, e que “a norma que nele se contém não se reveste de validade, embora haja constado de uma versão do projeto, dos autógrafos e merecido sanção do presidente da república, com a subsequente publicação no D.O.U. de 26/05/1998”. Mais: “se o Congresso não concedeu a anistia, reconhecê-la em favor de alguém implicaria violar a constituição”, ou, em outras palavras, “o reconhecimento de uma anistia que o Congresso Nacional não deliberou, não a concedeu, implicaria violar a constituição”⁸⁷⁹.

Sublinhou-se que “[n]ão basta que um texto seja publicado no Diário Oficial com o nome de lei para que este simples fato o transforme em norma cogente, de observância obrigatória”, senão que “[é] indispensável examinar a natureza ou a origem

⁸⁷⁷ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Carlos Velloso.

⁸⁷⁸ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Carlos Jobim.

⁸⁷⁹ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Carlos Velloso.

do vício que levou à republicação do texto”⁸⁸⁰. Isso porque, “caso ocorra algum erro de linotipia, de composição gráfica ou de digitação, que implique na modificação do texto original, ninguém ousaria, por esta razão, extrair a forçosa ilação de que o texto publicado é lei no sentido próprio, ainda que este *nomen juris*”, da mesma forma que, “no caso de ocorrer alguma fraude em um dos meandros percorridos pelo texto original, que implique na alteração do texto original, também, nem por esta razão, se ousaria dizer que o texto publicado é lei no seu sentido próprio e, assim, de observância obrigatória”⁸⁸¹. Vale dizer: “é preciso algo mais, ou seja, é preciso que o texto, mesmo equivocado, tenha legitimidade”⁸⁸².

Ressaltou-se, ademais, a existência de “um **processo legislativo**, e mais, com normas gerais estabelecidas na Constituição [...], que se não forem observadas, também não se pode falar que o texto publicado seja lei”; que “simples erro na publicação do texto não lhe outorga, só por esta razão, força de lei”; que “[e]rro material não forma lei, e nem poderia porque o texto não foi discutido nem aprovado pelo parlamento. É simplesmente inexistente como lei”; e que a simples “[p]ublicação de textos que não correspondem ao original legislado, seja por culpa ou dolo, não pode se considerado lei, ainda que eventualmente sancionado e promulgado, porque a sanção e a promulgação estão inseridas, apenas, na fase final do **processo legislativo**”⁸⁸³. “Admitir o contrário implica em desrespeito ao mais elementar princípio republicano”, na medida em que se macularia “o processo de formação das leis que regem o Estado”, passando-se a permitir que se legislasse “por erro e por fraude, formas imensuravelmente mais espúrias e

⁸⁸⁰ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Maurício Corrêa.

⁸⁸¹ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Maurício Corrêa.

⁸⁸² BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Maurício Corrêa.

⁸⁸³ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Maurício Corrêa.

arrogantes do que pelo execrada decreto-lei e só compatível com as republiquetas que ainda não se personificaram no concerto das nações civilizadas”⁸⁸⁴.

Concluiu-se, então, que “não se trata de lei materialmente inconstitucional, porque não contraria qualquer dispositivo da Constituição; também não se trata de lei formalmente inconstitucional, por ofensa ao processo legislativo, porque sequer processo legislativo houve no particular”, sendo, simplesmente, “lei inexistente”⁸⁸⁵.

2.2.3 A ineficácia da norma inconstitucional

Da mesma forma, sendo inválidas, as normas inconstitucionais são carentes da eficácia jurídica⁸⁸⁶. A eficácia jurídica que aqui se refere é a eficácia típica das normas jurídicas, que é a de incidir, jurisdicizando atos e fatos⁸⁸⁷, não se confundido com a eficácia social, ou seja, com a circunstância de os sujeitos se comportarem de acordo com a norma⁸⁸⁸.

É o que afirma também a jurisprudência do Supremo Tribunal, que aponta que “a lei, ou regra jurídica, somente tem a eficácia de incidir”, “[a]penas, incide sobre os factos, nela vistos ou previstos”; “[a] incidência é a sua única função ou eficácia”⁸⁸⁹; e que uma norma inconstitucional é desprovida, no plano jurídico, de “qualquer conteúdo

⁸⁸⁴ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Maurício Corrêa.

⁸⁸⁵ BRASIL. STF HC. 77.734-9 - SC. Relator: Néri da Silveira, 1998. Voto do Min. Maurício Corrêa.

⁸⁸⁶ ÁVILA, COFINS e PIS, p. 438; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 211; MIRANDA, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 11.

⁸⁸⁷ PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 25-6; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1, p. 16-7.

⁸⁸⁸ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 273-4; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 25; SIQUEIRA JÚNIOR, *Controle de constitucionalidade*, p. 39.

⁸⁸⁹ BRASIL. STF RE 78.533-7 – SP. Relator: Min. Firmino Paz, 1981. Voto do Min. Firmino Paz.

eficaz⁸⁹⁰, não produz os efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam⁸⁹¹.

Ao contrário do que pretende parte da doutrina⁸⁹², a norma não adquire a eficácia jurídica peculiar às normas jurídicas a partir do momento em que é editada pelos órgãos competentes. Só adquirirá esta eficácia se for uma norma jurídica, ou seja, se for válida.

2.2.4 A impossibilidade de se admitir outras conseqüências para a inconstitucionalidade da norma

Deve-se observar que a invalidade que decorre da inconstitucionalidade da norma deve ser total, ainda que as conseqüências dessa invalidade absoluta possam desafiar o senso de justiça de alguns. Pior seria afirmar a validade do que não existe juridicamente, admitir-se que a Constituição foi contrariada e, ainda assim, reconhecer a eficácia jurídica da norma que a contrariou.

A solução jurídica a ser dada aos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional antes de proferida a decisão de inconstitucionalidade não poderá ser alcançada por meio de exceções à inexistência, invalidade ou ineficácia jurídica da norma inconstitucional. O fundamento para essa solução deve ser buscado na

⁸⁹⁰ BRASIL. STF *RE 107.869-3* – SP. Relator: Min. Celio Borja, 1989. Voto do Min. Celso de Mello; BRASIL. STF *RE 136.215* – RJ. Relator: Min. Octavio Gallotti, 1993. Voto do Min. Celso de Mello.

⁸⁹¹ BRASIL. STF *ADIn 513-8* – DF. Relator: Min. Célio Borja, 1991. Voto do Min. Celso de Mello.

⁸⁹² FERRAZ JÚNIOR, *Constituição de 1988*, p. 91; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 93.

própria ordem jurídica, que está, teoricamente, apta a resolver todos os casos, ainda que nela não explicitados.

Deve-se, ainda, ter em conta que a invalidade, a inexistência e a ineficácia da norma inconstitucional fazem-se presentes a partir do momento em que se verifica a contrariedade entre a norma e a Constituição. Com efeito, dada a exigência de que o ordenamento seja coerente, não se pode atribuir simultaneamente validade e eficácia a normas contraditórias. Assim, em cada momento, ou a Constituição será válida e eficaz, e a norma inconstitucional inválida e ineficaz, ou bem a norma inconstitucional será válida e eficaz, e a Constituição será inválida e ineficaz.

Como, em um ordenamento jurídico, não podem haver duas normas contraditórias simultaneamente válidas, o reconhecimento da validade da norma infraconstitucional contrária à Constituição, ainda que apenas enquanto não fosse proclamada judicialmente sua inconstitucionalidade, representaria uma inversão na ordem das coisas, já que, durante este período seria a norma infraconstitucional que seria aplicada, e não a Constituição. Permitir-se-ia que, pelo menos durante um certo período, uma norma infra-constitucional se sobrepusesse à Constituição, desacatando impunemente seus mandamentos e negando sua autoridade. Seria como se, ainda que temporariamente, a Constituição fosse alterada pela norma infraconstitucional, em desacordo com os trâmites previstos na própria Constituição para sua alteração. Ou como se se verificasse a suspensão, ainda que provisória ou parcial, da Constituição. Estar-se-ia diante de uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição, comprometendo toda a estrutura escalonada do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, anota a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, se se reconhecesse a existência, enquanto norma jurídica, da norma inconstitucional, “a lei que contrariasse a Constituição em vez de ser írrita, tê-la-ia alterado e reformado sem a observância dos preceitos reguladores da sua reforma, ou seja, de maneira ilegal”⁸⁹³.

Evidente, portanto, que atribuir à norma inconstitucional validade e eficácia, ainda que parcial ou transitória, significaria afirmar que, enquanto e no tanto em que a norma inconstitucional foi válida e eficaz, ela se sobrepôs à Constituição, que foi, então, privada não apenas de sua autoridade, mas de sua validade e eficácia⁸⁹⁴.

Como esse resultado não seria compatível com a supremacia e a rigidez da Constituição no ordenamento jurídico, deve-se rejeitar essa hipótese, concluindo-se que a invalidade e a ineficácia da norma inconstitucional surgem no exato momento em que se verifica a contrariedade entre a norma e a Constituição.

Além disso, se se admitisse a validade e eficácia de normas inconstitucionais até que fosse proferida a decisão de inconstitucionalidade, a não-aplicação da norma inconstitucional decorrente desta decisão somente poderia decorrer da revogação ou da anulação da norma inconstitucional pelo Poder Judiciário, que, ao fazê-lo, estaria como que revogando ou anulando os atos do Poder Legislativo. Essa conclusão, no entanto,

⁸⁹³ BRASIL. STF *ADIn 2-1 – DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard.

⁸⁹⁴ BASTOS, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, p. 65; BUZAID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 35-6; Idem, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 130-1; LIMA, *Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade Perante o Supremo Tribunal Federal*, p. 184, 197; MARTINS, *Controle de Constitucionalidade*, p. 313; MELLO, *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*, p. 109; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 17; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 257; POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 110; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 149-50; SARMENTO, *A eficácia temporal das decisões no controle de*

colidiria com o princípio da separação dos poderes, que não admite a supremacia de um Poder sobre os demais e, conseqüentemente, que um Poder vete ou anule atos de outro Poder. Assim, se se admitisse a validade e a eficácia da norma inconstitucional, chegar-se-ia à conclusão de que o Poder Judiciário, em virtude do princípio da separação dos poderes, não poderia controlar a inconstitucionalidade das normas editadas pelo Poder Legislativo⁸⁹⁵.

Ademais, como destaca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a adoção de efeitos prospectivos para a declaração de inconstitucionalidade constituiria um “estímulo a legislar-se [...] em descompasso com a Carta Política da República, com inegáveis prejuízos, para a sociedade, para os cidadãos como um todo”⁸⁹⁶ e traria “o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade”⁸⁹⁷, e que “é grande o risco de estimular aventuras”, se se adotar, em linha de princípio, que a decisão de inconstitucionalidade terá eficácia *ex nunc*⁸⁹⁸.

Tem-se, ainda, que, além de a invalidade da norma inconstitucional surgir concomitantemente com o conflito entre a norma e a Constituição, esta invalidade, justamente por operar-se imediatamente, não pode ser sanada por uma eventual alteração da Constituição, que se verifique posteriormente ao momento em que se verificou a

constitucionalidade, p. 102-3; Idem, Eficácia do Controle de Constitucionalidade, p. 28; VELOSO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 18, 185.

⁸⁹⁵ CAMPOS, Fracisco *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 117-8.

⁸⁹⁶ BRASIL. STF *ADIn 1.102-2* – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Marco Aurélio.

⁸⁹⁷ BRASIL. STF *ADIn 1.102-2* – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁸⁹⁸ BRASIL. STF *ADIn 1.102-2* – DF. Relator: Min. Maurício Corrêa, 1995. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

inconstitucionalidade e que venha a eliminar a contrariedade originalmente existente⁸⁹⁹. A validade deve ser verificada no momento da edição da norma, não depois⁹⁰⁰.

A invalidade da norma inconstitucional, uma vez ocorrida, não se altera com o tempo, não possuindo a eventual alteração da norma constitucional paradigma a aptidão de tornar válida a norma originalmente inconstitucional. Não há como a norma originalmente inconstitucional adquirir validade posteriormente⁹⁰¹. Não há como a alteração na Constituição tornar válida a norma que não o fosse desde sua origem; não há como se cogitar de uma “constitucionalidade superveniente”⁹⁰².

Nesse sentido, também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como ficou patente no julgamento dos casos em que se discutiu a constitucionalidade da disposição contida na Lei nº 9.718/98, que definiu a base de cálculo da COFINS como sendo “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”, tendo em vista que ao tempo da edição da lei, o inciso I do artigo 195 da Constituição Federal estabelecia que a contribuição poderia incidir sobre o “faturamento” e, de especial interesse para este estudo, a repercussão, na validade da Lei nº 9.718/98, da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que, depois da edição da Lei nº 9.718/98, mas antes que ela passasse a produzir efeitos, alterou a redação do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, de modo que a contribuição passou a poder incidir sobre “a receita ou o faturamento”.

⁸⁹⁹ RDA 215/97-8.

⁹⁰⁰ ÁVILA, COFINS e PIS, p. 436.

⁹⁰¹ GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 172; ÁVILA, *op. cit.*, p. 438.

Assentou-se que o “parâmetro de controle de legitimidade da lei é a redação do texto constitucional vigente à época da edição da norma subalterna”, e não “a redação posterior, suposto agora atual, pois era aquela que, regulando a norma de competência legislativa, lhe fixava os limites materiais e formais de exercício”⁹⁰³

Dessa forma, “as normas legais que se mostram originariamente inconciliáveis com a Lei Fundamental não se convalidam pelo fato de emenda à Constituição, promulgada em momento posterior, havê-las tornado compatíveis com o texto da Carta Política”⁹⁰⁴; a nulidade originária, decorrente da incompatibilidade da norma com a norma constitucional que lhe serviria de fundamento de validade, “não se convalida pela alteração posterior de seu fundamento de validade”⁹⁰⁵; “a superveniência de emenda à Constituição, derivada do exercício, pelo Congresso Nacional, do poder de reforma, não tem condão de validar legislação comum anterior, até então incompatível com o modelo positivado no texto da Carta Política”, “não se viabilizando, em consequência, a convalidação de diploma legislativo originariamente inconstitucional”⁹⁰⁶. “Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se írrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado o texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia”⁹⁰⁷.

Asseverou-se, ainda, que “a convalidação da afronta constitucional e a *repristinção* normativa” aniquilariam “todo o sistema de controle constitucionalidade como ‘*meio de defesa e garantia da força normativa da Constituição*’, pois qualquer

⁹⁰² ÁVILA, COFINS e PIS, p. 437.

⁹⁰³ BRASIL, STF RE 346.084-6 – PR. Voto do Min. Cezar Peluzo.

⁹⁰⁴ BRASIL, STF RE 390.840 – MG. Voto do Min. Celso de Mello.

⁹⁰⁵ BRASIL, STF RE 346.084-6 – PR. Voto do Min. Cezar Peluzo.

⁹⁰⁶ BRASIL, STF RE 390.840 – MG. Voto do Min. Celso de Mello.

⁹⁰⁷ BRASIL, STF RE 357.950-9 – RS. Voto do Min. Marco Aurélio.

Emenda ulterior bastaria para ressucitar regra produzida à revelia das prescrições constitucionais”⁹⁰⁸.

Concluiu-se, então, que a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 antes da data em que passariam a ser produzidos os efeitos da Lei nº 9.718/98, em nada serviria para resgatar a constitucionalidade do diploma legal, uma vez que “[o] dispositivo legal, § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, nasceu morto, porque inconstitucional”⁹⁰⁹ e que, embora o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 seja conciliável com o inciso I do artigo 195 da Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 20/98, a alteração do Texto Constitucional “não poderia convalidar nem receber, porque mareado de nulidade original insanável, oriunda de contraste com regra constitucional vigente ao tempo de sua edição”⁹¹⁰.

Esta impossibilidade de uma eventual alteração na norma constitucional paradigma não atribuir validade à norma originalmente inválida reforça a conclusão de que a invalidade da norma inconstitucional surge automaticamente com o conflito com a Constituição. Isso porque, se a invalidade não se verificasse automaticamente com a inconstitucionalidade, mas apenas quando reconhecida pelo órgão competente para tanto, a eventual alteração da Constituição antes da prolação da decisão de inconstitucionalidade deveria como que sanar o conflito entre a norma e a Constituição, de modo que a invalidade que, até aquele momento, não haveria se perfectibilizado, estaria definitivamente afastada com a alteração da norma paradigma.

⁹⁰⁸ BRASIL, STF *RE 346.084-6* – PR. Voto do Min. Cezar Peluzo.

⁹⁰⁹ BRASIL, STF *RE 390.840* – MG. Voto do Min. Celso de Mello.

⁹¹⁰ BRASIL, STF *RE 346.084-6* – PR. Voto do Min. Cezar Peluzo.

2.2.5 A nulidade da norma inconstitucional

Dadas as conseqüências da inconstitucionalidade da norma acima definidas e as peculiaridades da invalidade característica da norma inconstitucional, pode-se afirmar que, não obstante os conceitos de nulidade e anulabilidade não sejam plenamente adequados à definição da invalidade característica das normas⁹¹¹, se se pretender aplicar tais conceitos à norma inconstitucional, força será concluir-se que a norma inconstitucional padece de nulidade.

Com efeito, não obstante não haja uma definição unânime, o conceito de nulidade (nulidade absoluta) corresponde à invalidade *ipso jure* e *pleno jure*, o que é nulo é inválido *ab initio*⁹¹². Além disso, a invalidade peculiar à nulidade é insanável⁹¹³ e

⁹¹¹ Os conceitos de nulidade e anulabilidade foram desenvolvidos a partir da eficácia dos atos e fatos jurídicos — tanto que seu estudo centra-se fundamentalmente na deficiente constituição do suporte fático das normas jurídicas relativas a negócios jurídicos —, que se comporta de forma distinta daquela da eficácia das normas jurídicas. A eficácia dos atos e fatos jurídicos lhes é atribuída por normas jurídicas. Assim, se um ato ou fato não corresponde ao suporte fático de uma determinada norma jurídica, ele não deixa de existir e, não obstante não adquira os efeitos jurídicos que esta norma jurídica, se incidisse, lhe emprestaria, nada impede que possua efeitos jurídicos, bastando para tanto que outras normas jurídicas incidam sobre ele. Pode-se então falar em que um ato jurídico constitui um negócio jurídico nulo — na medida em que, não correspondendo ao suporte fático da norma jurídica que lhe atribuiria os efeitos jurídicos típicos daquele determinado negócio jurídico, ele não atrai a incidência desta norma nem se revestirá dos efeitos jurídicos típicos deste negócio jurídico —, mas possui efeitos jurídicos — efeitos estes que lhe foram emprestados por outra norma jurídica —. Esse mesmo raciocínio, no entanto, não pode ser aplicado às normas jurídicas: a norma jurídica só existe enquanto norma jurídica na medida em que integra determinado ordenamento jurídico, ou seja, na medida em que é válida; e apenas se for válida poderá adquirir a eficácia típica das normas jurídicas, que é a de incidir e emprestar efeitos jurídicos a atos e fatos. Assim, a norma jurídica, ao ser inválida, não pode ser eficaz. Não há como se cogitar, portanto, de uma norma inválida — ou seja, de uma norma que não integra o ordenamento jurídico, e, por conseguinte, não constitui uma norma jurídica — e eficaz; fora do ordenamento jurídico, não há como a norma adquirir a eficácia característica das normas jurídicas, que é a de incidir e atribuir efeitos jurídicos a atos e fatos.

⁹¹² CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 916-8; KELSEN, *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*, p. 214-5; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 275; MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Ensaio Sobre a História, as Possibilidades e os Limites de Uma Teoria das Invalidades dos Atos Jurídicos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, jan./jun, 1998. p. 69; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4, p. 33.

⁹¹³ CANOTILHO, op. cit., p. 916-8; CARNELUTTI, *Teoria Geral do Direito*, p. 489; FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 41; MICHELON JÚNIOR, op. cit., p. 68-9; PONTES DE MIRANDA. op. cit., p. 20-1.

imprescritível⁹¹⁴. O que é nulo não produz efeitos⁹¹⁵.

Também quanto à anulabilidade (nulidade relativa) não há uma concepção unânime, mas o conceito está ligado à produção de efeitos até que a invalidade seja reconhecida pelos órgãos e procedimentos previstos no ordenamento jurídico, de modo que a invalidade não se opera *ipso jure*⁹¹⁶. A invalidade característica da anulabilidade admite convalidação, pode ser sanada, inclusive pela prescrição⁹¹⁷. Em caso de anulabilidade, admite-se que a norma produza efeitos, cessando estes a partir de seu reconhecimento e admitindo-se a manutenção de efeitos pretéritos⁹¹⁸.

Ainda que se afirme que uma das conseqüências da anulabilidade seja a descontinuidade retroativa dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional, haver-se-á admitido que, até que a inconstitucionalidade seja reconhecida, a norma produziu efeitos. Mais: admitir-se-á que, se a inconstitucionalidade da norma jamais vier a ser reconhecida, ela prosseguirá produzindo efeitos.

Admitir-se essa eficácia da norma inconstitucional, ainda que provisória e precária, implica admitir que, até que seja reconhecida sua inconstitucionalidade, será a norma inconstitucional, e não a Constituição, que será eficaz. Conseqüentemente, como

⁹¹⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 916-8; MICHELON JÚNIOR, *Ensaio Sobre a História, as Possibilidades e os Limites de Uma Teoria das Invalidades dos Atos Jurídicos.*, p. 68-9; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t4, p. 21.

⁹¹⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 916-8; CARNELUTTI, op. cit., p. 484, 489; FAGUNDES, op. cit., p. 41-7 passim; MICHELON JÚNIOR, op. cit., p. 67; PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 21.

⁹¹⁶ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 275; CANOTILHO, op. cit., p.916-8; CARNELUTTI, op. cit., p. 492; FAGUNDES, loc. cit.; KELSEN, *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*, p. 214-5; MICHELON JÚNIOR, op. cit., p. 69; PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 33.

⁹¹⁷ CANOTILHO, op. cit., p.918; CARNELUTTI, op. cit., p. 489 e 492; FAGUNDES, op. cit., p. 41; MICHELON JÚNIOR, op. cit., p. 68-9; PONTES DE MIRANDA, op. cit., 1983. p. 33.

⁹¹⁸ FAGUNDES, op. cit., p. 46-7; MICHELON JÚNIOR, op. cit., p. 68.

a eficácia decorre da validade, isso significaria admitir que a norma inconstitucional foi válida nesse período.

Isso, no entanto, conduziria a duas dificuldades insuperáveis. Primeiro, se a norma inconstitucional é válida e não pode derivar sua validade da Constituição, deverá derivá-la de outra norma, com a qual esteja de acordo, devendo-se, portanto, indicar qual é essa outra norma, da qual derivaria a validade da norma inconstitucional. Segundo, se se lograsse indicar essa outra norma, da qual derivaria a validade da norma inconstitucional, arrojar-se-ia por terra, a um só tempo, a coerência e a unidade do ordenamento jurídico, na medida em que se estaria admitindo a coexistência de duas

normas contraditórias — a Constituição e a norma inconstitucional — simultaneamente válidas e se estaria admitindo, dentro do mesmo ordenamento jurídico, a existência de duas cadeias normativas contraditórias, uma derivada da Constituição e outra derivada da norma da qual a norma inconstitucional deriva sua validade.

Não bastasse isso, se se reconhecesse que a norma inconstitucional é anulável e que sua anulação operaria efeitos a partir de sua implementação, seria possível que se mantivesse a eficácia de uma norma inconstitucional *ad aeternum*, na medida em que bastaria que, reconhecida a inconstitucionalidade da norma, fosse editada outra norma, com idêntico conteúdo, que geraria efeitos até que fosse reconhecida sua inconstitucionalidade, quando, então, editar-se-ia uma nova norma, com idêntico conteúdo. Mantendo-se os efeitos pretéritos da norma inconstitucional, esse expediente faria com que os efeitos da norma inconstitucional fossem mantidos em cada um dos períodos em que haveria vigido cada uma das normas inconstitucionais.

2.2.6 As manifestações que corroboram o entendimento acerca da nulidade da norma inconstitucional

A conclusão de que a norma inconstitucional é nula, e não anulável, é reforçada por diversas manifestações do ordenamento jurídico erigido sob a Constituição Federal de 1988.

Com efeito, apenas se se tiver a norma inconstitucional por nula é que se poderá admitir que qualquer Juiz ou Tribunal deixe de aplicar a lei inconstitucional,

como prevêm os artigos 97 e 102, inciso III, da Constituição Federal, e que tanto os órgãos estatais como os indivíduos se recusem a cumprir a lei inconstitucional, com a garantia de que poderão interpor recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal contra qualquer decisão judicial que contrarie a Constituição, como prevê a alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal⁹¹⁹.

Da mesma forma, é porque a norma inconstitucional é nula que se reconhece que o Poder Executivo pode — e mesmo deve —, se não por qualquer de seus funcionários, pelo menos por sua autoridade superior, descumprir ou deixar de aplicar a norma que considere inconstitucional⁹²⁰. De fato, fosse a norma inconstitucional anulável, seria de observância obrigatória, até a decisão de inconstitucionalidade, e, conseqüentemente, não teria o Poder Executivo qualquer fundamento para repudiar a lei⁹²¹.

Esse o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que, sendo a norma inconstitucional inexistente e inválida, pode o Poder Executivo decretar a

⁹¹⁹ LIMA, Funcionário Público, p. 468; MARTINS, *Controle de constitucionalidade*, p. 316-8; MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 264; OMMATI, *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*, p. 59-60.

⁹²⁰ BARROSO, Poder Executivo: Lei Inconstitucional, p. 393-4; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Lei: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 82, out./dez. 1965. p. 377 e 381; CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 246; Idem, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a sua Égide, p. 88; GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Constituinte e Controle de Constitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, n. 79, p. 146-155, jul./set. 1986. p. 147; LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 169-70; MIRANDA, Funcionário público, p. 468-9; MONTEIRO, O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo, p. 101-2; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 237, 247.

⁹²¹ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a sua Égide, p. 88; Idem, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 246.

ineficácia de atos fundados em normas inconstitucionais⁹²², assim como negar aplicação a normas inconstitucionais⁹²³.

Observe-se que a circunstância de o Poder Executivo estar vinculado ao princípio da legalidade não o obriga a cumprir qualquer lei. A obrigação de respeitar a lei existe quando se trate de lei válida e constitucional⁹²⁴. A lei inconstitucional é nula, sem validade, inexistente, não é lei⁹²⁵. Nenhum Poder está obrigado a cumprir norma inconstitucional, uma vez que a norma inconstitucional não obriga⁹²⁶, não possui efeito vinculante⁹²⁷.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que afirma que, quando o Poder Executivo depara-se com um conflito entre a Constituição e uma norma, vendo-se na contingência de optar entre a aplicação de uma ou de outra, deve optar pela aplicação da Constituição, e que “quando o intérprete aplica a Constituição, não está infringindo a lei”⁹²⁸.

A legislação está vinculada à Constituição, que é o árbitro supremo entre os Poderes e baliza suas competências⁹²⁹. A ninguém é dado descumprir a Constituição

⁹²² BRASIL. STF *RE em MS 2.497* – SP. Relator: Min. Nelson Hungria, 1954. Voto do Min. Nelson Hungria e voto do Min. Hannemann Guimarães; BRASIL. STF *RE em MS 13.950* – SP.

⁹²³ BRASIL. STF *MS. 15.886* – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Carlos Medeiros, voto do Min. Pedro Chaves, voto do Min. Cândido Motta Filho, voto do Min. Aliomar Baleeiro; BRASIL, *RE em MS 13.950* – SP. Voto do Min. Amaral Santos.

⁹²⁴ GUIMARÃES, loc. cit.; MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, p. 698; MIRANDA, op. cit., p. 472; MONTEIRO, op. cit., p. 102; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 116.

⁹²⁵ MIRANDA, op. cit., p. 472-3; MONTEIRO, loc. cit.; RAMOS, loc. cit.; ROCHA, loc. cit.

⁹²⁶ GUIMARÃES, loc. cit.; MIRANDA, op. cit., p. 472; MONTEIRO, op. cit., p. 102; ROCHA, loc. cit.

⁹²⁷ LIMA, *Funcionário Público*, p. 472.

⁹²⁸ BRASIL. STF *MS. 16.003* – DF. Relator: Min. Prado Kelly, 1966. Voto do Min. Prado Kelly.

⁹²⁹ CAVALCANTI, *Lei: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo*, p. 381-2; MIRANDA, *Funcionário público.*, p. 469.

aplicando a norma inconstitucional em detrimento desta; descumpre-se, pois, uma norma para se cumprir a Constituição⁹³⁰.

Entende-se que, nesse caso, o Poder Executivo está apenas exercendo uma atribuição que não apenas do Poder Judiciário, mas de todos os Poderes, qual seja, a guarda da Constituição⁹³¹. Todos os Poderes possuem competência para interpretar a norma e verificar sua compatibilidade com a Constituição, deixando de aplicar aquelas que lhe forem contrárias⁹³². A lei inconstitucional é inconstitucional para todos os Poderes e não apenas para o Poder Judiciário⁹³³.

Ao aplicar a norma, caberá sempre ao Poder Executivo confrontá-la com a Constituição e verificar a conformidade da norma ao Texto Constitucional⁹³⁴. Ausente esta conformidade, o Poder Executivo deixa de aplicar a norma infra-constitucional, para aplicar a norma superior, que é a Constituição⁹³⁵. Ao preferir a Constituição à norma inconstitucional, o Poder Executivo dá explicitamente supremacia à Constituição, que ele aplica⁹³⁶. Assim, ao deixar de aplicar a norma inconstitucional, o Poder Executivo está implementando a supremacia da Constituição⁹³⁷.

⁹³⁰ RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 247; ROCHA, loc. cit.; MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, p. 698-9.

⁹³¹ CAVALCANTI, Lei: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, p. 381; MIRANDA, loc. cit.; GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. *Constituinte e Controle de Constitucionalidade. Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, n. 79, p. 146-155, jul./set. 1986. p. 147; BARROSO, Poder Executivo, p. 393-4.

⁹³² BARROSO, loc. cit.; GUIMARÃES, loc. cit.; MIRANDA, op. cit., p. 472; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 247.

⁹³³ MIRANDA, loc. cit.

⁹³⁴ CAVALCANTI, Lei: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, p. 381; MIRANDA, *Funcionário público*, p. 469.

⁹³⁵ CAVALCANTI, Lei: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, p. 381; MIRANDA, *Funcionário público*, p. 469; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 116.

⁹³⁶ CAVALCANTI, op. cit., p. 379.

⁹³⁷ *Ibidem*, p. 379.

Também o Supremo Tribunal Federal afirma que a interpretação e a guarda da Constituição não compete exclusivamente ao Poder Judiciário, cabendo também ao Poder Executivo⁹³⁸, uma vez que “[o]s três poderes são guardas da Constituição”⁹³⁹, sendo facultado ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo interpretarem a Constituição e, em virtude de sua interpretação, tomar decisões em questões relativas a sua esfera de competência, sendo não apenas autorizados, senão que compelidos a julgar, por si próprios, a constitucionalidade de seus atos⁹⁴⁰.

Some-se a isso que o Chefe do Poder Executivo, ao ser empossado, presta o juramento de cumprir a Constituição, dever esse que vem antes e se sobrepõe ao de observar as leis⁹⁴¹. Consciente de que a lei se não conforma à Constituição, se o Presidente da República der aplicação a tal lei, estará violando o seu dever de defender a Constituição; se respeitar a pretensa lei, estará desacatando a Constituição, numa indisfarçável traição ao que jurou; perjúrio que poderá configurar crime de responsabilidade⁹⁴². Se para cumprir seu juramento, se para cumprir a Constituição, for necessário descumprir ou não aplicar a norma que com ela conflita, será necessário admitir que o Poder Executivo pode fazê-lo, pois não seria lícito conceber que se dá ao

⁹³⁸ BRASIL. STF *RE em MS. 7.275* – CE. Relator: Min. Cândido Motta, 1960. Voto do Min. Cândido Motta Filho; BRASIL. STF. *Rep. 512* – RN. Voto do Min. Pedro Chaves; BRASIL. STF *RE 48.655* – RN. Relator: Min. Luiz Gallotti, 1964. Voto do Min. Luiz Gallotti; BRASIL. STF *MS 14.557* – SP. Relator: Min. Cândido Motta, 1965. Voto do Min. Pedro Chaves; BRASIL, STF *MS 15.886* – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Victor Nunes, voto do Min. Carlos Medeiros e voto do Min. Cândido Motta Filho.

⁹³⁹ BRASIL. STF *RE em MS. 7.275* – CE. Relator: Min. Cândido Motta, 1960.

⁹⁴⁰ BRASIL. STF *RE em MS 7.243* – CE. Relator: Min. Luiz Gallotti, 1960. Voto do Min. Luiz Gallotti; BRASIL. STF *Rep. 512* – RN. Voto do Min. Pedro Chaves; BRASIL. STF *RE 48.655* – RN. Relator: Min. Luiz Gallotti, 1964. Voto do Min. Luiz Gallotti BRASIL. STF *RE 55.718* – SP. Relator: Min. Hermes Lima, 1964. Voto do Min. Hermes Lima e voto do Min. Pedro Chaves; BRASIL. STF *RE em MS 14.557* – SP. Relator: Min. Cândido Motta, 1965. Voto do Min. Pedro Chaves. BRASIL. STF *MS 15.886* – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Victor Nunes e voto do Min. Carlos Medeiros.

⁹⁴¹ LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 168-9; MIRANDA, Funcionário público, p. 468.

⁹⁴² MIRANDA, Funcionário público, p. 468.

Poder Executivo a obrigação de cumprir a Constituição se não lhe desse também os meios para adimpli-la⁹⁴³.

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota este entendimento, afirmando que o Presidente da República presta compromisso de cumprir a Constituição e as leis⁹⁴⁴ e que, se, para cumprir a Constituição, entende que deve descumprir a lei, estará cumprindo a Constituição⁹⁴⁵.

A possibilidade de o Poder Executivo descumprir a norma inconstitucional pode ser derivada também de seu poder de veto, na medida em que, se, inadvertidamente, deixou de vetar e sancionou a norma inconstitucional, deve corrigir seu erro, inclusive mediante sua não-aplicação; seria incompreensível obrigar-se o Poder Executivo, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma, ainda assim aplicá-la, porque, no momento apropriado, deixou de vetá-la⁹⁴⁶.

Destaca-se, por fim, que não é dado ao Poder Executivo “declarar” a inconstitucionalidade da lei; ele apenas interpreta a Constituição e deixa de aplicar a norma que com ela colidir⁹⁴⁷. A declaração de inconstitucionalidade é função precípua do Poder Judiciário, a quem caberá também revisar os atos que o Poder Executivo praticar ao deixar de aplicar a norma por considerá-la inconstitucional, caso provocado

⁹⁴³ MIRANDA, Funcionário público, p. 468.

⁹⁴⁴ BRASIL. STF *MS 15.886* – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Carlos Medeiros, voto do Min. Aliomar baleeiro e voto do Min. Pedro Chaves; BRASIL. STF *MS 16.003* – DF. Relator: Min. Prado Kelly, 1966. Voto do Min. Eloy da Rocha.

⁹⁴⁵ BRASIL. STF *MS 15.886* – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Luiz Gallotti, voto do Min. Aliomar baleeiro, voto do Min. Prado Kelly e voto do Min. Adalício Nogueira; BRASIL. STF *MS 16.003* – DF. Relator: Min. Prado Kelly, 1966. Voto do Min. Eloy da Rocha.

⁹⁴⁶ MIRANDA, op. cit., p. 470.

⁹⁴⁷ MIRANDA, Funcionário público, p. 247.

pelos meios adequados⁹⁴⁸. Mas o Poder Executivo não precisa aguardar a decisão de inconstitucionalidade para deixar de aplicar a norma inconstitucional, na medida em que a nulidade que decorre da inconstitucionalidade da norma e independe de seu reconhecimento pelo Poder Judiciário⁹⁴⁹.

Nesse sentido, afirma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, se é certo que o Presidente da República pode deixar de aplicar norma que considere inconstitucional, não é menos certo que, ao fazê-lo, não estará declarando a inconstitucionalidade da norma, pois apenas ao Poder Judiciário, caso devidamente provocado, compete declarar a inconstitucionalidade das normas, emitindo a palavra definitiva acerca desta inconstitucionalidade⁹⁵⁰. Pode o Presidente da República “recusar-se a cumprir uma lei, sob o pretexto de sua inconstitucionalidade; não declará-la, mas descumpri-la”⁹⁵¹.

De igual sorte, apenas se se considerar a norma inconstitucional nula poder-se-á admitir que os Poderes Executivo e Legislativo invalidem ou anulem — e não apenas revoguem, com eficácia *ex nunc* — seus próprios atos, quando os considerem inconstitucionais⁹⁵².

⁹⁴⁸ CAVALCANTI, Lei: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, p. 378; MIRANDA, op. cit., p. 472; RAMOS, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 237, 247.

⁹⁴⁹ LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 169-70; MIRANDA, op. cit., p. 472-3.

⁹⁵⁰ BRASIL. STF *MS 15.886* – DF. Relator: Min. Victor Nunes, 1966. Voto do Min. Adalício Nogueira e voto do Min. Luiz Gallotti; BRASIL. STF *Rep. 980* – SP. Relator: Min. Moreira Alves, 1979. Voto do Min. Moreira Alves.

⁹⁵¹ BRASIL. STF *MS 16.003* – DF. Relator: Min. Prado Kelly, 1966 Voto do Min. Adalício Nogueira.

⁹⁵² CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a sua Égide, p. 88; Idem, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 249.

Esse também o entendimento seguido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite que o Poder Executivo e o Poder Legislativo podem anular, com eficácia retroativa, seus próprios atos, quando os considerem inconstitucionais⁹⁵³.

Mais: apenas se se considerar a norma inconstitucional nula é que se pode afirmar que a decisão de inconstitucionalidade possui efeitos repristinatórios, pois, apenas se se considerar a norma inconstitucional nula poder-se-á entender que a decisão de inconstitucionalidade atinge todos os efeitos da norma inconstitucional, inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação, e negar-lhe eficácia derogatória das leis anteriores⁹⁵⁴.

2.2.7 A nulidade da norma inconstitucional não constitui um princípio

Deve-se destacar, ainda, que, ao se afirmar a nulidade da norma inconstitucional não se tem essa nulidade como um princípio. Senão veja-se.

Os princípios e as regras são espécies do gênero norma jurídica. Para distingui-los, a doutrina aponta diversos critérios: abstração ou generalidade⁹⁵⁵, grau de determinabilidade da aplicação no caso concreto⁹⁵⁶, caráter de fundamentalidade no

⁹⁵³ BRASIL. STF RE 49.735 – RN. Relator: Min. Pedro Chaves, 1966. Voto do o Min. Pedro Chaves; BRASIL. STF RE 58.202 – RN. Relator: Min. Luis Gallotti, 1967.

⁹⁵⁴ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a sua Égide, p. 88; Idem, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 316-9.

⁹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*. México: Fontanamara, 1993. p. 11; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 249; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1086-7; ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, p. 195 e ss.

⁹⁵⁶ ALEXY, *Derecho y razon practica*, p. 84-5; ÁVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 155; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 249; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 96; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1086-7.; LARENZ,

sistema das fontes do Direito⁹⁵⁷, proximidade ou relação com a idéia de Direito⁹⁵⁸, função normogenética⁹⁵⁹, forma de sua gênese⁹⁶⁰, importância para o ordenamento jurídico⁹⁶¹, explicitação do conteúdo valorativo⁹⁶², origem⁹⁶³, concretude do conteúdo normativo e determinação de seus pressupostos de aplicação⁹⁶⁴, determinação das situações fáticas a que devem ser aplicados⁹⁶⁵, critérios para a solução dos conflitos⁹⁶⁶, ligação da previsão normativa com a concretização de fins ou condutas⁹⁶⁷, entre outros.

A distinção atualmente mais difundida é aquela sistematizada por RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, segundo a qual, a distinção entre princípios e regras não é apenas uma distinção de grau, mas uma distinção lógica⁹⁶⁸, uma diferença qualitativa⁹⁶⁹.

Segundo esta distinção, os princípios não estabelecem conseqüências jurídicas que devem necessariamente se seguir, caso as condições neles previstas se

Metodologia da Ciência do Direito, p. 235, 674.

⁹⁵⁷ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1086-7.

⁹⁵⁸ ÁVILA, loc. cit.; BONAVIDES, loc. cit.; CANOTILHO, loc. cit.; LARENZ, loc. cit.

⁹⁵⁹ ALEXY, op. cit., p. 84-5; BARTOLE, Sergio. Principi Generali del Diritto. In *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1986. v. 35, p. 531-3; CANARIS, op. cit., p. 77; CANOTILHO, loc. cit.; ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 171 – 249 passim.

⁹⁶⁰ ALEXY, loc. cit.

⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 84-5.; BONAVIDES, loc. cit.

⁹⁶² ALEXY, loc. cit.; ÁVILA, op. cit., p. 156; BONAVIDES, loc. cit., p. 249; CANARIS, op. cit., p. 83.

⁹⁶³ ALEXY, loc. cit.; BONAVIDES, loc. cit.

⁹⁶⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 262.

⁹⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. O conflito de princípios constitucionais: breves pautas para sua solução. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 40-5, jan./mar. 1995. p. 42.

⁹⁶⁶ *Ibidem*, p. 43.

⁹⁶⁷ ÁVILA, op. Cit., p. 167.

⁹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 6. ed. Londres: Duckworth, 1991. p. 24; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 91.

⁹⁶⁹ ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 87; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 250.

verifiquem⁹⁷⁰, estabelecendo, antes, uma direção, apontando no sentido de uma decisão, mas sem, contudo, indicar uma decisão em particular⁹⁷¹. As regras, a sua conta, são aplicáveis na forma de tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*): se os fatos previstos na regra ocorrem, ou a regra é válida, e, então, as conseqüências jurídicas nela previstas devem ser necessariamente implementadas; ou a regra não é válida, e, nesse caso, em nada contribui para a decisão⁹⁷².

Os princípios constituem mandados de otimização, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, possibilidades estas que determinarão a medida de seu cumprimento, fazendo com que os princípios possam ser cumpridos em diferentes graus⁹⁷³. As regras, por sua vez, são normas que exigem cumprimento pleno, constituindo, por isso, “mandados definitivos”, que podem apenas ser ou não cumpridos⁹⁷⁴.

Os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que é estranha às regras⁹⁷⁵. Desse modo, quando os princípios incidentes sobre um mesmo fato colidem

⁹⁷⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1177; DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 25; GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 92.

⁹⁷¹ ALEXY, *Derecho y razon practica.*, p. 11-12; CAPLAN, Russell L. Professor Dworkin’s Jurisprudence. *The American Journal of Jurisprudence*. v. 22, p. 118-159, 1977. p. 133; DWORKIN, op. cit., p. 26; GRAU, op. cit., p. 94.

⁹⁷² ALEXY, loc. cit., ÁVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 157; BARTOLE, Sergio. Principi Generali del Diritto. In *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1986. v. 35, p. 513; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 253; CANOTILHO, op. cit., p. 1087-8; CAPLAN, Professor Dworkin’s Jurisprudence, p. 133; DWORKIN, op. cit., p. 24; GABEL, Peter. Book review of *Taking Rights Seriously*, by Ronald Dworkin. *Havard Law Review*, Cambridge, v. 91, p. 302-315, 1977-1978. p. 304; GRAU, op. cit., p. 91-2.

⁹⁷³ ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 86, p. 87, nota 27; Idem, *Derecho y razon practica*, p. 14; ÁVILA, loc. cit.; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 250; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1177, 1087-8.

⁹⁷⁴ ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 87; Idem, *Derecho y razon practica*, p. 14 e 27; BONAVIDES, loc. cit.; CANOTILHO, loc. cit.

⁹⁷⁵ ALEXY, *Derecho y razon practica*, p. 11-12; ÁVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 157; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 6. ed. Londres: Duckworth, 1991. p. 26; GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 94.

— por indicarem em direções distintas —, cada um acaba limitando a possibilidade jurídica do cumprimento do outro, e faz-se necessário determinar qual deles deve prevalecer, o conflito será resolvido mediante a ponderação do peso de cada um dos princípios envolvidos, devendo prevalecer o princípio de maior peso relativo⁹⁷⁶. Isso, contudo, não significa que os princípios que não prevalecerem não sejam princípios do sistema ou que não sejam válidos⁹⁷⁷. O conflito de princípios não resulta em antinomia, de forma que tanto o princípio que prevaleceu como os princípios que retrocederam são princípios válidos e nenhum princípio será afastado do sistema em decorrência do conflito⁹⁷⁸.

Por outro lado, havendo conflito entre regras, ou uma regra estabelece uma exceção para a outra (que elimina o conflito, na medida em que faz com que as regras não mais sejam simultaneamente aplicáveis), ou uma delas necessariamente será inválida⁹⁷⁹. No conflito de regras há, portanto, uma antinomia jurídica própria, patenteando-se uma incontornável incompatibilidade entre elas, que conduz necessariamente à eliminação da regra inválida do sistema⁹⁸⁰. Assim a decisão do conflito entre regras é uma decisão acerca da validade⁹⁸¹.

⁹⁷⁶ ALEXY, *Derecho y razon pratica*, p. 11-13, 17; Idem, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 89, 91-2; ÁVILA, loc. cit.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 251; CANOTILHO, op. cit., p.1146; DWORKIN, op. cit., p. 26, 72; GABEL, Peter. Book review of Taking Rights Seriously, by Ronald Dworkin. *Havard Law Review*, Cambridge, v. 91, p. 302-315, 1977-1978. p. 304; GRAU, op. cit., p. 94.

⁹⁷⁷ ALEXY, *Derecho y razon pratica*, p. 11-12; Idem, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 89, 91-2; BONAVIDES, op. cit., p. 251-4 passim; CAPLAN, Professor Dworkin's Jurisprudence, p. 133; DWORKIN, loc. cit.; GRAU, op. cit., p. 94, 100.

⁹⁷⁸ ALEXY, *Derecho y razon pratica*, p. 11-12 e 13; CANOTILHO, op. cit., p. 1087-8, 1108; CAPLAN, loc. cit.; DWORKIN, op. cit., p. 26, 72; GRAU, op. cit., p. 92, 100.

⁹⁷⁹ ALEXY, *Derecho y razon pratica*, p. 11-12; Idem, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 88; ÁVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 157; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 251-4 passim; DWORKIN, op. cit., p. 27; GRAU, op. cit., p. 95.

⁹⁸⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1087-8, 1108.; GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 99-100; SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 106.

⁹⁸¹ ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 88.

Dadas as características das regras e princípios, patenteia-se que, se se tivesse que enquadrar a “nulidade da norma inconstitucional” em uma destas espécies de normas, dever-se-ia qualificá-la como uma regra.

Com efeito, as características da invalidade da norma inconstitucional, que permitem qualificá-la como nula, constituem corolário da supremacia e rigidez da Constituição e da coerência e unidade do ordenamento jurídico. Por conseguinte, para que se admitisse que a “nulidade da norma inconstitucional” pudesse ser aplicada em diversos graus, que pudesse ser ponderada, cedendo diante de outro princípio, seria necessário admitir que também poderiam sê-lo a supremacia e a rigidez da Constituição e a coerência e unidade do ordenamento jurídico. Se se admitisse, por exemplo, que a “nulidade da norma inconstitucional” pudesse ser aplicada em grau menor do que o absoluto ou pudesse ceder diante de outra norma, estar-se-ia reconhecendo, pelo menos em alguma medida, a validade e a eficácia da norma inconstitucional, o que, como se demonstrou, é inconciliável com a supremacia e a rigidez da Constituição e a coerência e unidade do ordenamento jurídico.

Ocorre que, à toda evidência, isso não é possível. Não há como se falar em graus da supremacia ou da rigidez da Constituição ou da coerência ou da unidade do ordenamento jurídico ou admitir que elas cedam diante de outras normas. Para que a Constituição seja suprema, ela deve prevalecer sempre; se se aceitar que a Constituição deva ceder diante de outra norma, ainda que apenas em determinado caso, ela não será mais suprema e suprema será, ainda que apenas neste caso, esta outra norma. Da mesma

forma, ou a Constituição é rígida ou não é rígida⁹⁸², e o ordenamento é ou não é coerente e unitário.

Percebe-se, facilmente, que supremacia e rigidez da Constituição e coerência e unidade do ordenamento jurídico só podem ser aplicados na forma de tudo-ou-nada, constituindo mandamentos definitivos e sendo aplicados de forma absoluta. Além disso, o conflito entre a norma inconstitucional e a Constituição se resolve com a invalidade da primeira, não sendo possível que Constituição e norma inconstitucional sejam simultaneamente válidas.

Logo, supremacia e a rigidez da Constituição e coerência e unidade do ordenamento jurídico comportam-se não como princípios, mas como regras. Conseqüentemente, a “nulidade da norma inconstitucional”, que delas deriva, também deve ser qualificada como regra, e não como princípio.

Essa conclusão em nada diminui a relevância da invalidade da norma inconstitucional. A um, porque, como se viu, as características desta invalidade derivam de elementos estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro erigido sob a Constituição Federal de 1988, como a supremacia e a rigidez da Constituição e a coerência e unidade do ordenamento jurídico, emprestando-lhes seu relevo e importância. A dois, porque resta superada a concepção de que, dentro do ordenamento jurídico, os princípios

⁹⁸² Aponta-se que, na da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, haviam normas que só poderiam ser alteradas por meio de um procedimento especial e normas que poderiam ser alteradas por meio do mesmo procedimento aplicável à edição ou alteração das normas ordinárias. Observa-se, então, que, do ponto de vista formal, esse segundo grupo de normas, apesar de situar-se no Texto Constitucional não era constitucional. Assim, também a Constituição Política do Império do Brasil era uma Constituição rígida, já que previa um processo específico para a alteração daquelas normas que eram efetivamente constitucionais.

possuem maior importância do que as regras, haja vista que diversas das normas nucleares do ordenamento jurídico são regras.

2.2.8 Não cabe ao Poder Judiciário definir discricionariamente as conseqüências da inconstitucionalidade da norma

Por derradeiro, deve-se anotar que não cabe ao Poder Judiciário dispor sobre as conseqüências da inconstitucionalidade da norma.

Com efeito, se se admitisse que o Poder Judiciário pudesse dispor acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma, com base, por exemplo, em uma avaliação subjetiva sua de que o desfazimento dos efeitos da norma inconstitucional seria “pior” do que a inconstitucionalidade da norma, estar-se-ia reconhecendo que a avaliação subjetiva do Poder Judiciário está acima da Constituição. Isso porque, admitindo-se tal hipótese, o fundamento de validade da norma inconstitucional não seria a Constituição — que, sendo contrariada pela norma inconstitucional, evidentemente não poderia alcançar-lhe validade —, residindo antes na vontade do Poder Judiciário, que afastaria a aplicação da Constituição, privilegiando a norma inconstitucional. A Constituição deixaria de ser o fundamento de validade do ordenamento jurídico, papel esse que passaria a ser exercido pela vontade do Poder Judiciário. A Constituição não mais seria a norma fundamental e suprema; fundamental e suprema seria a vontade do Poder Judiciário.

Além disso, se se admitisse que o Poder Judiciário, *sponte suo*, afastasse a Constituição, para reconhecer eficácia à norma inconstitucional estar-se-ia, em verdade,

emprestando-lhe a função de legislador. E mais, condedendo-lhe a capacidade de criar normas contrárias à Constituição, de reformar a Constituição fora dos procedimentos e limites por ela estabelecidos. De fato, se a validade das normas provém da Constituição, somente as normas que estejam em conformidade com a Constituição poderão ser válidas. Assim, se o Poder Judiciário reconhece o conflito originário entre a norma e a Constituição, e a norma passa a ter sua validade reconhecida, é porque o conflito foi solucionado, passando a haver conformidade entre a norma e a Constituição. Ocorre que, como a norma não sofreu qualquer alteração, a única alternativa que se tem é a de reconhecer que a incompatibilidade inicial foi solucionada com a alteração do conteúdo da Constituição, modificação essa implementada pela decisão do Poder Judiciário. O Poder Judiciário converter-se-ia, assim, em um poder constituinte perpétuo, a quem sempre seria dado alterar a Constituição, de acordo com sua avaliação subjetiva, sempre que considerasse que reconhecer a invalidade, inexistência e ineficácia da norma inconstitucional seria “pior” do que reconhecer validade, existência e eficácia a uma norma contrária à Constituição⁹⁸³.

Em verdade, isso significaria acabar com o próprio conceito de “controle da constitucionalidade”, já que o parâmetro de controle não mais seria a Constituição, mas sim a avaliação subjetiva do Poder Judiciário acerca de qual das conseqüências seria a “pior”, pois se admitiria a manutenção de uma norma inconstitucional, com fundamento na avaliação subjetiva do Tribunal de que as conseqüências da inconstitucionalidade da norma seriam “piores” do que a circunstância de a norma colidir com a Constituição.

⁹⁸³ FERREIRA FILHO, O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade, p. 7

Tais conclusões, à toda evidência, não se coadunam com o ordenamento jurídico brasileiro e, no caso específico do Supremo Tribunal Federal, admiti-las significaria renegar a função de “guardião da Constituição”, que lhe atribuída pelo artigo 102 da própria Constituição Federal da 1988.

2.3 Eficácia da decisão de inconstitucionalidade

2.3.1 A eficácia declaratória da decisão de inconstitucionalidade

Sintetizando o que se disse acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma, tem-se que a norma inconstitucional é inválida, inexistente enquanto norma jurídica e privada de eficácia jurídica.

A invalidade da norma inconstitucional decorre de características do ordenamento jurídico erigido sob a Constituição Federal de 1988, como a supremacia e a rigidez da Constituição e a coerência e unidade do ordenamento jurídico.

Em se tratando de inconstitucionalidade originária, verificada quando da edição da norma, a norma inconstitucional sequer chega a ingressar no ordenamento jurídico. Surge e existe como fato, como um texto editado por um órgão legiferante; como fato, é capaz de atrair a incidência de normas jurídicas, mas não sendo, ela própria, norma jurídica, não é capaz de incidir e emprestar efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide. Em se tratando de inconstitucionalidade superveniente, a norma é privada de sua validade, deixando de existir e de possuir eficácia jurídica, no momento em que surge a inconstitucionalidade.

Destaque-se que a invalidade da norma — e, conseqüentemente, sua inexistência e ineficácia enquanto norma jurídica — surgem com a inconstitucionalidade, independentemente do reconhecimento judicial desta inconstitucionalidade. Entender diferentemente, admitindo que a norma inconstitucional surgiria validamente e teria existência e eficácia jurídicas até que sua inconstitucionalidade fosse reconhecida em sede judicial, significaria, diante da exigência de que o ordenamento jurídico mantenha-se uno e coerente, assumir que, até que sobreviesse o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade, teria sido a norma inconstitucional — e não a Constituição — que teria sido válida e eficaz, conclusão essa absolutamente incompatível com a supremacia e a rigidez que caracterizam a Constituição Federal de 1988.

Dadas essas características da inconstitucionalidade da norma, impõe-se a conclusão de que a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia eminentemente declaratória.

Com efeito, a ação declaratória busca a obtenção de uma sentença que simplesmente declare a existência ou a não-existência de uma determinada relação jurídica⁹⁸⁴. Na ação declaratória, o órgão julgador emite um juízo de realidade, declara o

⁹⁸⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1, p. 35; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Do Cabimento da Ação Declaratória quando já Constituído o Crédito Tributário, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 85, p. 62-69, out. 2002. p. 64; DELGADO, José Augusto. Ação Declaratória e Medida Cautelar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 73, n. 587, p. 273-276, set. 1984. p. 273; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 176-7; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 149.

que existe ou o que não existe, no domínio do direito, limitando-se ao domínio do ser ou do não ser, a uma proposição existencial⁹⁸⁵.

A função da ação declaratória é eliminar a incerteza em torno da existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica⁹⁸⁶, estabelecer a claridade judicial do direito ou da relação jurídica⁹⁸⁷, tornar certo aquilo que é incerto, desfazendo a dúvida em que se encontram as partes quanto à relação jurídica⁹⁸⁸, produzir a certeza da relação jurídica⁹⁸⁹, fazer com que “se torne *claro* (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se *é*, ou se *não é*, a relação jurídica de que se trata”⁹⁹⁰.

A tutela declaratória, enquanto tal, esgota-se com a simples emissão da sentença e com a correspondente produção da coisa julgada material, com a obtenção de uma sentença com força de coisa julgada, que torne indiscutível, numa eventual demanda futura, a existência ou a inexistência, daquela relação jurídica que o juiz declarara existir ou não existir⁹⁹¹. A declaração que se busca não é uma declaração qualquer, mas uma declaração judicial, uma declaração do órgão do Estado a que foi atribuída a função jurisdicional, uma declaração oficial de certeza, que concederá a

⁹⁸⁵ DELGADO, Ação Declaratória e Medida Cautelar, p. 275; PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1, p. 117-8; Idem, *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 2, p. 5; Idem, *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. v. 3, p. 7-8; SILVA, Curso de Processo Civil, v. 1, p.150.

⁹⁸⁶ SILVA, Curso de Processo Civil, v. 1, p.150.

⁹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1, p. 185.

⁹⁸⁸ SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 176-7.

⁹⁸⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 2, p. 5; SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 178.

⁹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 1, p. 118.

⁹⁹¹ BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 48; DELGADO, Ação Declaratória e Medida Cautelar, p. 274; LOPES, João Batista. O Interesse de Agir na Ação Declaratória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 688, p. 255-259, fev. 1993. p. 258; PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 2, p. 9; Idem. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1, p. 164-5; SANTOS, op. cit., v. 1, p. 178; SILVA, *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 150.

segurança característica da coisa julgada⁹⁹². A sentença proferida em sede de ação declaratória possui efeito de preceitação, efeito normativo; passa em julgado⁹⁹³.

Na ação declaratória, a decisão judicial não cria nem modifica ou extingue qualquer direito ou relação jurídica⁹⁹⁴.

Tal o que se verifica na decisão de inconstitucionalidade. A decisão judicial emite um juízo acerca da existência da norma enquanto norma jurídica, a partir da verificação de sua compatibilidade com a Constituição e, via de consequência, acerca de sua validade. Ao fazê-lo, a decisão de inconstitucionalidade elimina qualquer dúvida que exista acerca da existência da norma enquanto norma jurídica — dúvida esta que se faz presente especialmente diante da presunção de constitucionalidade que caracteriza as normas editadas pelos órgãos legislativos —, de modo que a questão, a partir dali, não mais poderá ser discutida no âmbito de validade da decisão de inconstitucionalidade. Por fim, a decisão de inconstitucionalidade não inova o mundo jurídico: a inexistência da norma enquanto norma jurídica surge com sua inconstitucionalidade e independentemente de seu reconhecimento pelo Poder Judiciário; a norma inconstitucional já não existia enquanto norma jurídica antes do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário e não existirá enquanto norma jurídica, mesmo que sua inconstitucionalidade não seja reconhecida pelo Poder Judiciário porque não submetida a seu exame.

⁹⁹² BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 37; LOPES, João Batista. O Interesse de Agir na Ação Declaratória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 688, p. 255-259, fev. 1993. p. 258; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 165-6.

⁹⁹³ DELGADO, Ação Declaratória e Medida Cautelar p. 275; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 185; SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 178.

⁹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 1, p. 118; Idem, *Tratado das Ações*. São Paulo, v. 3, p. 7-8; SILVA, *Curso de Processo Civil*, v.1, p. 150.

Como a decisão de inconstitucionalidade não traz qualquer alteração acerca da inexistência da norma enquanto norma jurídica — que, como se viu, se verifica a partir da inconstitucionalidade da norma, antes e independentemente da decisão de inconstitucionalidade —, não há como se sustentar que ela possua eficácia constitutiva.

Com efeito, na ação constitutiva, o órgão julgador não se limita a declarar a existência ou a inexistência de uma determinada relação jurídica, se não que busca criá-la, modificá-la ou extingui-la, criando uma situação jurídica nova, modificando um estado jurídico⁹⁹⁵. A constitutividade muda em algum ponto o mundo jurídico⁹⁹⁶; na constitutividade, o momento posterior é diferente do anterior⁹⁹⁷. “Quando se constitui não se faz estar dentro (não se institui), nem se substitui, nem se restitui, nem se destitui”; “ou se constitui, positivamente, isto é, com (*cum*) o que se decide se põe plus, que diferencia o momento posterior; ou se constitui negativamente, isto é, se retira, *com* o ato, o que lá estava; ou se altera o que lá está, com se tem de alterar”⁹⁹⁸.

Veja-se que a parte da doutrina que afirma que a ação que visa à decretação de nulidade é constitutiva negativa, na medida em que, se há invalidade, o que se deve buscar é a desconstituição⁹⁹⁹, parte do pressuposto de que o que é inválido, existe¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁵ BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 35; DELGADO, Ação Declaratória e Medida Cautelar, p. 273; LOPES, João Batista. O Interesse de Agir na Ação Declaratória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 688, p. 255-259, fev. 1993. p. 258; PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 1, p. 117; Idem, *Tratado das Ações*, v. 3, p. 3, 10; SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 179; SILVA, *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 171; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 153.

⁹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 1, p. 203.

⁹⁹⁷ Idem, *Tratado das Ações*, v. 3, p. 6.

⁹⁹⁸ Idem, *Tratado das Ações*, v. 3, p. 3.

⁹⁹⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Do Cabimento da Ação Declaratória quando já Constituído o Crédito Tributário, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 85, p. 62-69, out. 2002. p. 65; PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 1, p. 120, 203; Idem, *Tratado das Ações*, v. 2, p. 4.; Idem, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 174, 180.

Esta concepção pode ser precisa quando se trate de atos e fatos jurídicos, em que o suporte fático pode existir, a despeito da validade do ato ou fato jurídico. Não é adequada, contudo, quando se trata de normas jurídicas, quando a validade de uma norma corresponde a sua existência enquanto norma jurídica, de modo que um juízo acerca da validade de uma norma corresponde a um juízo sobre sua existência enquanto norma jurídica e, conseqüentemente, um juízo de natureza declaratória.

Outro elemento que comprova a eficácia declaratória da decisão de inconstitucionalidade é sua imprescritibilidade. Com efeito, a invalidade característica da inconstitucionalidade não é sanável pela passagem do tempo — dadas a coerência e a unidade do ordenamento jurídicos, reconhecê-lo significaria que, ultrapassado o prazo prescricional, seria a norma inconstitucional, ao invés da Constituição que passaria a ser válida, existente e eficaz —, podendo ser reconhecida a qualquer momento, por meio do procedimento adequado.

Essa imprescritibilidade é característica das ações declaratórias, na medida em que a prescrição visa a consolidar, pela passagem do tempo ou pela inércia do titular do direito, um estado de fato originariamente contrário ao direito ou um estado jurídico originariamente defeituoso, encerrando, portanto, uma alteração na relação jurídica. Como a ação declaratória limita-se a uma declaração relativa à existência ou à existência, que não se altera no tempo, não há porque se falar em prescrição¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ CUNHA, loc. cit.; PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 2, p. 4; Idem, *Tratado das Ações*, v. 3, p. 9; Idem, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 180.

¹⁰⁰¹ BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 46

Também a eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade reforça a conclusão acerca de sua eficácia declaratória. Isso porque a decisão de inconstitucionalidade deve possuir eficácia *ex tunc*, na medida em que o juízo acerca da inexistência da norma enquanto norma jurídica deve abranger todo o período em que se verifica a inconstitucionalidade da norma. Não lhe é dado possuir eficácia apenas a partir de sua prolação, ou mesmo a partir de algum momento no futuro, pois, se assim o fosse, ter-se-ia que concluir que, até o momento a partir do qual se tornasse eficaz a decisão de inconstitucionalidade, a norma existiu enquanto norma jurídica, sendo válida e eficaz, conclusão que, por sua vez, implicaria reconhecer que nesse período a Constituição foi sobrepujada pela norma inconstitucional.

Ora, esta eficácia *ex tunc* é característica das decisões de cunho declaratório. Com efeito, “[c]omo afirmação que é, toda declaração tem sempre por objeto fatos passados ou direitos e obrigações também preexistentes a ela”, “sendo natural que a eficácia das sentenças declaratórias se reporte a situação existente no momento em que o fato ocorreu ou seu efeito jurídico-material se produziu”, de modo que “[e]las têm eficácia *ex tunc*, colhendo as realidades desse passado e assim prevalecendo quanto aos atos e fatos ocorridos depois”¹⁰⁰². Logo, sendo declaratória a decisão de inconstitucionalidade, “sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado”¹⁰⁰³; “[o]s feitos *ex tunc* são monopólio da decisão de caráter declaratório”¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² DINAMARCO, Cândido *apud* FREIRE JUNIOR, Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade das Leis no Prazo de Decadência Para a Ação de Repetição de Indébito Tributário, p. 85.

¹⁰⁰³ ZAVASCKI, Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, p. 48.

¹⁰⁰⁴ THEODÓSIO, Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, p. 122.

As decisões de cunho constitutivo, por sua vez, possuindo efeitos associados às modificações que introduzem no mundo jurídico, e que, via de regra, perfectibilizam-se com a prolação da decisão, possuem efeitos tipicamente *ex nunc*, possuindo apenas excepcionalmente eficácia *ex tunc*¹⁰⁰⁵.

Pode-se afirmar, então, que a decisão de inconstitucionalidade representa uma ampliação do âmbito de abrangência das ações declaratórias, que ultrapassa a simples existência das relações jurídicas, passando a abranger também questões de interpretação da norma em tese, hipótese para a qual originariamente ação declaratória não se prestava¹⁰⁰⁶.

Por fim, deve-se observar que, admitindo-se a hipótese de inconstitucionalidade superveniente, a decisão que afirme a constitucionalidade de uma norma estará sempre como que submetida a uma cláusula *rebus sic stantibus*, na medida em que uma norma originária e atualmente constitucional poderá vir a tornar-se inconstitucional em virtude de reforma ou mutação da Constituição¹⁰⁰⁷.

2.3.2 A decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade e em sede de controle concreto de constitucionalidade

Estabelecida a eficácia declaratória da decisão de inconstitucionalidade, deve-se afirmar que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é a mesma, seja no âmbito

¹⁰⁰⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, v. 3, p. 15.

¹⁰⁰⁶ BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 35; SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 56.

¹⁰⁰⁷ MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 95, 339.

do controle concreto de constitucionalidade, seja no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

O objeto da decisão de inconstitucionalidade é a norma¹⁰⁰⁸. A decisão de inconstitucionalidade atinge o plano da norma, não diretamente o dos fatos jurídicos¹⁰⁰⁹.

A decisão de inconstitucionalidade não abrange qualquer juízo acerca de eventuais efeitos jurídicos dos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional.

A diferença entre o controle concreto de constitucionalidade e o controle abstrato de constitucionalidade não está na natureza da decisão de inconstitucionalidade neles proferida. Esta decisão terá sempre eficácia declaratória e *ex tunc*.

A diferença entre o controle concreto de constitucionalidade e o controle abstrato de constitucionalidade diz respeito ao procedimento, à abrangência do conhecimento atribuído ao órgão julgador (se se restringe à inconstitucionalidade da norma ou pode abranger outras normas, atos e fatos), às limitações impostas pelo princípio dispositivo (se o tribunal deve ou não se limitar ao exame da matéria nos termos em que posta pela partes), à eficácia pessoal da decisão (se possui eficácia *erga omnes* ou se se restringe às partes do processo¹⁰¹⁰) ou ao poder vinculante da decisão.

¹⁰⁰⁸ MENDES, Controle de Constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã, p. 18; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 277.

¹⁰⁰⁹ PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 35, 93.

Tais diferenças, contudo, dizem respeito ao procedimento e não a uma eventual distinção relativa às conseqüências da inconstitucionalidade da norma, que serão, em ambos os casos, sua invalidade, inexistência e ineficácia.

A norma inconstitucional é inválida, inexistente e ineficaz, quer o reconhecimento dessas invalidade, inexistência e ineficácia constitua a questão prejudicial, como ocorre em sede de controle concreto de constitucionalidade, quer constitua o próprio objeto da ação, como ocorre em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

A norma inconstitucional é inválida, inexistente e ineficaz, quer o reconhecimento dessas invalidade, inexistência e ineficácia restrinja-se às partes do processo, como ocorre em sede de controle concreto de constitucionalidade, quer possua eficácia *erga omnes*, como ocorre em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

E, deve-se sublinhar, a circunstância de a invalidade, a inexistência e a ineficácia da norma inconstitucional haverem sido declaradas, quando em sede de controle concreto de constitucionalidade, apenas com eficácia *inter partes*, não significa que, para os que não atuaram no processo, a norma seja válida, existente e eficaz. Não há como se afirmar que a mesma norma seja válida, existente e eficaz para alguns, e inválida, inexistente e ineficaz para os demais. A norma é uma só e o parâmetro perante o qual é aferida sua validade — a Constituição — também é único, de modo que a norma será, ou não, inconstitucional, e, conseqüentemente, inválida, inexistente e

¹⁰¹⁰ Com a eventual suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional, nos termos do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

ineficaz, não podendo ser simultaneamente inconstitucional e constitucional, inválida e válida, inexistente e existente, ineficaz e eficaz.

A invalidade, inexistência e ineficácia da norma decorre de sua inconstitucionalidade e opera-se *ipso jure*, no momento mesmo em que se verifica esta inconstitucionalidade. Assim, a norma é, desde o momento em que surge a inconstitucionalidade, inválida, inexistente e ineficaz para todos. As conseqüências da inconstitucionalidade da norma só dependem, para ocorrer, da inconstitucionalidade, não dependem de uma decisão judicial que as reconheça. A decisão de inconstitucionalidade só fará reconhecer a inconstitucionalidade e suas conseqüências, e poderá fazê-lo com eficácia *inter partes* ou *erga omnes*, dependendo do modelo de controle de constitucionalidade que se estiver manejando. Destarte, o que se limita às partes, no controle concreto de constitucionalidade é a eficácia declaratória da decisão de inconstitucionalidade, não a inconstitucionalidade ou suas conseqüências.

Assim, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, o Poder Judiciário se limita a verificar e, se for o caso, reconhecer a incompatibilidade da norma vindicada com a Constituição¹⁰¹¹.

Essa afirmação é corroborada pelo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a revogação do ato normativo que veicula a norma impugnada prejudica o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tornando-a

¹⁰¹¹ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Júízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide, p. 92-104 passim; MACHADO, Efeito Retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 430; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 347.

sem objeto e conduzindo a seu não conhecimento, independentemente de haverem atos e fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma inconstitucional¹⁰¹².

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal, adotou entendimento no sentido de que a revogação da norma inconstitucional não prejudicaria o julgamento da Representação, uma vez que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma possui eficácia *ex tunc*, atingindo assim os fatos passados ocorridos durante a vigência da norma inconstitucional.

Afirmava-se que, mesmo que fosse a norma sindicada revogada ou derogada, havendo ela vigorado durante um certo período ou existindo atos praticados sob sua égide, persistiria o interesse na declaração acerca da inconstitucionalidade da norma, e a Representação não deveria ser julgada prejudicada¹⁰¹³.

Isso porque, mesmo que, revogada ou derogada a norma inconstitucional, não mais existisse interesse no reconhecimento da invalidade da norma, que já haveria sido retirada do mundo jurídico em decorrência da sua revogação ou derrogação, persistia o interesse no juízo acerca da validade da norma, assim como no juízo acerca da validade dos atos praticados sob a égide da norma — que decorreria do julgamento acerca da validade da norma —, tendo em vista a eficácia declaratória e *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, que retroagiria até o surgimento da norma inconstitucional,

¹⁰¹² CLÈVE, op. cit., p. 93; MACHADO, loc.cit.

¹⁰¹³ BRASIL. STF *Rep.* 797 – GB. Relator: Min. Luiz Gallotti, 1970. Voto do Min. Luiz Gallotti; BRASIL. STF *Rep.* 752 – GO. Relator: Min. Eloy da Rocha, 1970. Voto do Min. Eloy da Rocha; BRASIL. STF *Rep.* 911 – RJ. Relator: Min. Antônio Neder, 1981. Voto do Min. Rafael Mayer, voto do Min. Leitão de Abreu e voto do Min. Djaci Falcão; BRASIL. STF *Rep.* 1.957-1 – DF. Voto do Min. Moreira Alves.

apanhando todo o período anterior ao reconhecimento da inconstitucionalidade e os atos nele praticados¹⁰¹⁴.

Anotava-se, ainda, que “a prevalecer o prejuízo da representação pelo fato de ter sido revogada a lei, será estímulo a que o legislador de novo edite a lei, que se procurará sanar com uma segunda representação”, “[a] lei será revogada, e assim se repetirá, a intervalos, a lei constitucional, ficando incólumes os efeitos produzidos”¹⁰¹⁵.

Posteriormente, contudo, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento, passando a posicionar-se no sentido de que, não obstante a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma possua eficácia *ex tunc*, o objeto da Representação e da Ação Direta de Inconstitucionalidade é a norma inconstitucional e sua finalidade, a exclusão desta norma do ordenamento jurídico, de modo que, se a norma já foi excluída do ordenamento jurídico em virtude de sua revogação, a Representação ou a Ação Direta de Inconstitucionalidade restam prejudicadas, por haverem perdido seu objeto¹⁰¹⁶.

Passou-se a entender que o objeto da Representação ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade corresponde ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em tese, de modo que o interesse de agir só se faz presente se a lei estiver em

¹⁰¹⁴ BRASIL. STF *Rep.* 971 – RJ. Relator: Min. Djaci Falcão, 1977. Voto do Min. Djaci Falcão e voto do Min. Soares Muñoz; BRASIL. STF *Rep.* 930 – DF. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 1976. Voto do Min. Soares Muñoz; BRASIL. STF *Rep.* 911–RJ. Relator: Min. Antônio Neder, 1981. Voto do Min. Rafael Mayer.

¹⁰¹⁵ BRASIL. STF *Rep.* 911–RJ. Relator: Min. Antônio Neder, 1981. Voto do Min. Décio Miranda e voto do Min. Soares Muñoz.

¹⁰¹⁶ BRASIL. STF *Rep.* 876 – BA. Relator: Min. Bilac Pinto, 1973. BRASIL. STF *Rep.* 974 – RJ. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 1977.

vigor¹⁰¹⁷. Isso porque a eventual revogação ou derrogação da norma já cumpriria a função reservada à ação direta, que seria a de expungir do ordenamento jurídico a norma inconstitucional¹⁰¹⁸.

Os atos praticados sob a égide da norma inconstitucional, por não serem objeto do controle abstrato de inconstitucionalidade, cuja natureza é eminentemente objetiva, não justificam a manutenção do interesse no julgamento da Representação ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁰¹⁹. O não-conhecimento da Representação ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade não impede, no entanto, que estes atos e seus efeitos jurídicos venham a ser discutidos em sede própria, no âmbito do controle concreto de inconstitucionalidade¹⁰²⁰.

Veja-se que, quer no posicionamento originariamente adotado pelo Supremo Tribunal Federal quer no entendimento atualmente seguido pela Corte, é pacífico que o objeto da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade é a norma jurídica, restringido-se, a discussão, à existência de interesse nessa declaração, a partir do momento em que a norma cuja constitucionalidade se discute já haja sido revogada ou derogada, tendo em vista a existência de atos e fatos ocorridos ou praticados sob sua égide.

¹⁰¹⁷ BRASIL. STF *Rep.* 911 – RJ. Relator: Min. Antônio Nader, 1981. Voto do Min. Antônio Nader; BRASIL. STF *Rep.* 709 – GO. Relator: Min. Adalicio Nogueira, 1967. Voto do Min. Paulo Brossard e voto do Min. Moreira Alves.

¹⁰¹⁸ BRASIL. STF *Rep.* 709 – GO. Relator: Min. Adalicio Nogueira, 1967. Voto do Min. Paulo Brossard e voto do Min. Celso de Mello.

¹⁰¹⁹ BRASIL. STF *Rep.* 911 – RJ. Relator: Min. Antônio Nader, 1981. Voto do Min. Antônio Nader e voto do Min. Cordeiro Guerra; BRASIL. STF *Rep.* 709 – GO. Relator: Min. Adalicio Nogueira, 1967. Voto do Min. Paulo Brossard e voto do Min. Celso de Mello; BRASIL. STF *ADIn* 737-8 – DF. Relator: Min. Moreira Alves, 1993; BRASIL. STF *ADIn-QO* 1.203-7 – PI. Relator: Min. Celso de Mello, 1995.

¹⁰²⁰ BRASIL. STF *Rep.* 911 – RJ. Relator: Min. Antônio Nader, 1981. Voto do Min. Antônio Nader e voto do Min. Cordeiro Guerra; BRASIL. STF *ADIn* 709-2 – PR. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Paulo Brossard e voto do Min. Celso de Mello.

Observe-se, ainda, que, não obstante a decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade tenha como objeto a norma, a decisão pode depender da investigação de elementos fáticos. É o que ocorre naqueles casos em que se faz necessário avaliar os fatos e prognoses pressupostos ou admitidos pelo legislador ao editar a norma vindicada, em que a apreciação da constitucionalidade da norma depende da avaliação pelo Tribunal da probabilidade de que o prognóstico realizado legislador se concretize ou de que os fatos por ele previstos efetivamente se materializem¹⁰²¹. Por essa razão, a legislação que disciplina o processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental admite que o relator, caso seja necessário esclarecer matéria ou circunstância de fato, requisite informações adicionais, designe perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou designe audiência pública, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria¹⁰²².

Destaca-se, ainda, que, na medida em que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade operam exclusivamente no plano normativo¹⁰²³, a função jurisdicional aproxima-se de uma atividade legislativa de caráter negativo¹⁰²⁴.

¹⁰²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 766, p. 11-28, agos. 1999. p. 20, 22; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 505-7; SARMENTO, Daniel. A Eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 121-2.

¹⁰²² Lei nº 9.868/99, artigos 9º, parágrafo 1º, e 20, parágrafo 1º, e Lei nº 9.882/99, artigo 6º, parágrafo 1º.

¹⁰²³ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide, p. 91-104 passim; Idem, *A fiscalização*

Trata-se de uma relação processual objetiva, em que não há sujeitos¹⁰²⁵. Não há relação concreta subjacente¹⁰²⁶. O controle abstrato de constitucionalidade visa à proteção da ordem jurídica fundada na Constituição, afirmando que a norma inconstitucional não pertence ao ordenamento jurídico construído a partir do Texto Constitucional¹⁰²⁷.

Restringindo-se ao plano da norma, a decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade não abrange os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional ou os efeitos jurídicos que lhes hajam sido emprestados, não afeta direitos subjetivos¹⁰²⁸.

Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade não é suficiente para, por si só, desconstituir situações jurídicas que possam haver se formado em virtude dos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional¹⁰²⁹. Essas situações jurídicas deverão

Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 253; MACHADO, Efeito Retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 162-3.

¹⁰²⁴ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide, p. 93-4; PALU, *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, p. 166.

¹⁰²⁵ MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 346.

¹⁰²⁶ *Ibidem*, p. 347.

¹⁰²⁷ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide, p. 93; FALCÃO, O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional, p. 203; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 277; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 346; PALU, *Controle de Constitucionalidade*, p. 166.; PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 37.

¹⁰²⁸ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide p. 91-104 passim; *Idem*, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 253; MACHADO, Efeito Retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade, p. 166.

¹⁰²⁹ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide, p. 94, 103; *Idem*, *A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 253.

ser examinadas caso a caso, para se verificar se elas devem ou não ser desconstituídas¹⁰³⁰, podendo fazer-se necessária, para tanto, a edição de um ato administrativo ou mesmo a instauração de um processo administrativo ou judicial¹⁰³¹.

Por outro lado, em sede de controle concreto de constitucionalidade, o procedimento comporta, além da decisão de inconstitucionalidade, decisão ou decisões jurisdicionais outras, inclusive acerca da eventual incidência de normas jurídicas sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional.

Também no controle concreto de constitucionalidade, “[a] decisão proferida, no tocante à inconstitucionalidade é declaratória e produz, no caso concreto, efeitos *ex tunc*”¹⁰³². Mas o controle concreto de constitucionalidade admite que se examine os atos e fatos subjacentes¹⁰³³, devendo o Poder Judiciário decidir acerca dos efeitos jurídicos eventualmente atribuídos a estes atos e fatos¹⁰³⁴.

A decisão de inconstitucionalidade, nesse caso, constitui uma decisão prejudicial, que se fará acompanhar pelo provimento que se busca, a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma¹⁰³⁵. Em sede de controle concreto de inconstitucionalidade, o Poder Judiciário, reconhecendo a inconstitucionalidade da

¹⁰³⁰ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide, p. 91.

¹⁰³¹ Ibidem, p. 99-104 passim.

¹⁰³² FERRAZ, Apontamento Sobre o Controle da Constitucionalidade, p. 35.

¹⁰³³ PALU, Controle de Constitucionalidade, p. 162-3.

¹⁰³⁴ CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide, p. 99.

¹⁰³⁵ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*, t. 6. p. 419; Idem, *Comentários à Constituição de 1967*, t.3. p. 595; PONTES DE MIRANDA. Defesa, guarda e rigidez das Constituições. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 1-25, jul. 1946. p. 7.

norma, deixa de aplicá-la ao caso concreto submetido a seu exame¹⁰³⁶, proferindo, a partir daí, sua decisão acerca das pretensões manifestadas pelas partes.

Percebe-se que apenas se não houver atos e fatos praticados sob a égide da norma inconstitucional, de modo que seja despciendo perquirir acerca de eventuais efeitos jurídicos relativos a estes atos e fatos, a simples decisão de inconstitucionalidade será suficiente¹⁰³⁷, de modo que a tutela proferida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade será suficiente.

Se atos e fatos houverem sido praticados ou houverem ocorrido sob a égide da norma inconstitucional, poderão surgir questões acerca dos efeitos jurídicos relativos a estes atos e fatos¹⁰³⁸. Mas essa questão é questão diversa daquela objeto da decisão de inconstitucionalidade, cujo objeto é exclusivamente a compatibilidade da norma com a Constituição, e deverá, por conseguinte, ser tratada no âmbito processual próprio¹⁰³⁹. Isso porque se verifica uma autonomia entre a norma inconstitucional e os atos e fatos praticados ou ocorridos sob sua égide¹⁰⁴⁰, procedendo-se, via de consequência, a uma diferenciação entre os efeitos da decisão no plano normativo e no plano do ato singular¹⁰⁴¹. Nesse caso, será essencial recorrer-se a um procedimento que permita a investigação acerca dos eventuais efeitos jurídicos atribuídos a estes atos e fatos, matéria estranha, como se viu, ao controle abstrato de constitucionalidade.

¹⁰³⁶ BITTENCOURT, *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 133-4; CAVALCANTI, *Do Controle da Constitucionalidade*, p. 174.

¹⁰³⁷ CLÈVE, *Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua égide*, p. 94.

¹⁰³⁸ PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 35.

¹⁰³⁹ CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*. p. 13.

¹⁰⁴⁰ MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 551, 673-4.

¹⁰⁴¹ CLÈVE, *op. cit.*, p. 99-100; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 208; MENDES, *A Eficácia Erga Omnes das Decisões Proferidas em Controle Abstrato de Normas*; *Idem*, *Jurisdição Constitucional*, p. 304-5.

2.3.3 A interpretação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99

Nesse contexto, entende-se que o que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 fez foi justamente introduzir alterações no procedimento de controle de constitucionalidade.

Afirma o dispositivo legal que, ao declarar a inconstitucionalidade da norma em sede de controle abstrato de constitucionalidade, poderá o Supremo Tribunal Federal, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Se se interpretasse o dispositivo no sentido de que ele estaria permitindo que se alterasse os efeitos da própria decisão de inconstitucionalidade, dever-se-ia concluir por sua inconstitucionalidade.

De fato, os efeitos da inconstitucionalidade da norma — invalidade, inexistência enquanto norma jurídica e ineficácia jurídica — e, via de consequência, também a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, decorrem da supremacia e da rigidez da Constituição Federal de 1988 e da coerência e da unidade do ordenamento jurídico sob ela erigido. Assim, não há como se pretender que a legislação ordinária pudesse alterar a eficácia da decisão de inconstitucionalidade.

Viu-se também que não há como se dar às consequências da inconstitucionalidade da norma a feição de um princípio — o “princípio da nulidade da

norma inconstitucional” —, de modo que não há como fazer essas conseqüências cederem sob o influxo de outros princípios, como o princípio da segurança jurídica ou de princípios que estejam englobados no conceito de “excepcional interesse público”, de modo que se pudesse alegar que a eficácia da decisão de inconstitucionalidade não estaria sendo alterada por norma infra-constitucional, mas sim em virtude dos citados princípios constitucionais.

A interpretação que se propõe afirma que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 criou um novo procedimento de controle de constitucionalidade, em que, além da decisão de inconstitucionalidade, pode-se examinar também a incidência do princípio da segurança jurídica e dos princípios enfeixados sob a denominação de “excepcional interesse público” sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional.

Ter-se-á, então, uma decisão complexa, formada pela decisão de inconstitucionalidade, cujo objeto seguirá sendo a norma e cuja eficácia será aquela que acima se desenhou, e pela decisão acerca da eventual incidência do princípio da segurança jurídica ou de outros princípios constitucionais sobre os atos e fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma inconstitucional. A decisão de inconstitucionalidade possuirá necessariamente eficácia declaratória e *ex tunc*. Poderá ocorrer, contudo, que, ao se decidir acerca da incidência do princípio da segurança jurídica e de outros princípios constitucionais sobre os atos e fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, se conclua que estes princípios efetivamente incidiram sobre os citados atos e fatos e lhes emprestaram efeitos jurídicos, efeitos jurídicos estes que podem perdurar até a decisão de

inconstitucionalidade ou mesmo persistir até um determinado momento no futuro. Destaque-se que são os efeitos da decisão acerca do princípio da segurança jurídica e dos princípios agrupados sob a denominação de “excepcional interesse público” que podem se verificar a partir da decisão de inconstitucionalidade ou de um determinado momento no futuro. A decisão de inconstitucionalidade prosseguirá possuindo eficácia declaratória e *ex tunc*.

O controle de constitucionalidade, nesse caso, deixa de ser exclusivamente abstrato, já que não englobará exclusivamente um juízo acerca da constitucionalidade da norma, passando a envolver também um juízo acerca da incidência dos princípios jurídicos sobre atos e fatos, juízo este característico do controle concreto de constitucionalidade, embora aqui dotado de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Anote-se que não há qualquer vedação a que, por meio de lei ordinária, se crie um novo procedimento de controle de constitucionalidade, mesclando controle abstrato de constitucionalidade e controle concreto de constitucionalidade, já que, como se viu, as peculiaridades de cada um desses controles derivam não da natureza da decisão de inconstitucionalidade neles proferida — que é a mesma —, mas que aspectos processuais, que integram a competência legislativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e o Supremo Tribunal Federal é competente para exercer tanto o controle abstrato como o controle concreto de constitucionalidade, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a”, inciso III e parágrafo 1º.

A interpretação aqui proposta, portanto, assegura a constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, ao mesmo tempo em que produz os efeitos práticos que

foram buscados quando de sua edição: o reconhecimento e a preservação de efeitos jurídicos de atos e fatos praticados sob a égide da norma inconstitucional.

2.4 A superação das perplexidades: a incidência de normas jurídicas sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional

2.4.1 A inconstitucionalidade da norma não implica sejam os atos e fatos praticados ou ocorridos sob sua égide privados de efeitos jurídicos

O primeiro passo a ser dado para se superar as perplexidades que podem surgir a partir das conseqüências da inconstitucionalidade da norma — inexistência, invalidade e ineficácia — está em abandonar a concepção de que o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma conduziria — necessária e inapelavelmente — à conclusão de que os atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide seriam privados de efeitos jurídicos desde o momento que se verificou a inconstitucionalidade.

Com efeito, não se deve analisar a questão ligada aos efeitos jurídicos dos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional apenas a partir da norma inconstitucional, e sim à luz do ordenamento jurídico como um todo.

É equivocado pensar que a norma inconstitucional seria o único fundamento para a concessão de efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide, de modo que, para que se reconhecesse efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide, fosse necessário que se reconhecesse a eficácia jurídica da própria norma inconstitucional, sob pena de, em se afirmando a ineficácia da norma inconstitucional, privar-se automaticamente estes atos e fatos de efeitos jurídicos.

A inconstitucionalidade da norma não determina *per se* que os atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide sejam privados de efeitos jurídicos. A circunstância de a norma inconstitucional ser incapaz de emprestar efeitos jurídicos a estes atos e fatos não significa que estes atos e fatos não possam apresentar efeitos jurídicos.

Isso porque há todo um ordenamento jurídico, composto por um sem-número de normas jurídicas, capazes de incidir sobre os atos e fatos praticados e ocorridos em função da norma inconstitucional e emprestar-lhes efeitos jurídicos.

Sendo inconstitucional, a norma é inválida e não existe enquanto norma jurídica, sendo igualmente ineficaz e, conseqüentemente, incapaz de incidir sobre os atos e fatos ocorridos e praticados sob sua égide e lhes emprestar os efeitos jurídicos que resultariam de sua incidência, se válida fosse. A norma inconstitucional, em verdade, jamais incidiu, na medida em que é inválida desde que se verificou a inconstitucionalidade. Assim, ela nunca gerou qualquer efeito jurídico, sendo impróprio falar-se em “manter” os efeitos da norma inconstitucional, pois estes efeitos sequer existem.

Nada impede, contudo, que normas jurídicas hajam incidido sobre os atos e fatos praticados e ocorridos em função da norma inconstitucional e, conseqüentemente, devam ser consideradas na verificação dos efeitos jurídicos destes atos e fatos¹⁰⁴². Diga-se, aliás, que, usualmente, mesmo que os atos e fatos ocorram ou sejam praticados em

¹⁰⁴² CLÈVE, Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos Sobre os Atos Singulares Praticados Sob a Sua Égide, p. 94; MICHELON JÚNIOR, Ensaio Sobre a História, as Possibilidades e os Limites de Uma Teoria das Invalidades dos Atos Jurídicos, p. 63.

função de determinada norma jurídica, eles acabam por atrair a incidência de diversas normas jurídicas simultaneamente.

Desse modo, se uma das normas que se tiver tido por incidente for uma norma inconstitucional — e, conseqüentemente, não houver efetivamente incidido e emprestado efeitos jurídicos a estes atos e fatos —, ainda existirão normas jurídicas que haverão efetivamente incidido e gerados efeitos jurídicos¹⁰⁴³. Assim, mesmo que a norma sob cuja égide os atos e fatos foram praticados ou ocorreram seja inconstitucional, pode haver-se verificado a incidência sobre esses mesmos fatos e atos de outras normas, normas jurídicas, válidas, existentes e eficazes, capazes de emprestar-lhes efeitos jurídicos. Dessa forma, a inconstitucionalidade da norma priva os atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide dos efeitos que ela lhes haveria emprestado se fosse válida e houvesse incidido, mas não priva necessariamente estes atos e fatos de efeitos jurídicos, na medida que estes efeitos jurídicos podem resultar da incidência de normas válidas, caso em que, para reconhecer efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, pode-se prescindir do

¹⁰⁴³ Encontra-se idéia semelhante, embora referindo-se a atos jurídicos nulos — e não a normas nulas — em CLÁUDIO MICHELON, quando afirma que, sendo nulo, o ato não pode ser qualificado como ato jurídico, afastando-se, por conseguinte, a produção de qualquer efeito típico a partir dele, mas que nada impede, que este ato possa ser qualificado pelo Direito e que lhe possam ser afetadas conseqüências jurídicas, a partir da incidência de outras normas jurídicas, que não aquela que atribuiria efeitos jurídicos ao ato, se ele válido fosse (MICHELON JÚNIOR, *Ensaio Sobre a História, as Possibilidades e os Limites de Uma Teoria das Invalidades dos Atos Jurídicos*, p. 63, 67.). No mesmo sentido, ainda, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, JACINTHO ARRUDA CÂMARA e WEIDA ZACANER, quando afirmam, acerca de atos administrativos viciados, que, não obstante os efeitos jurídicos do ato administrativo inválido devam ser afastados, na medida em que eles não podem gerar as conseqüências jurídicas que lhes são características, nada impede que gerem outras conseqüências jurídicas e que os efeitos práticos por ele produzidos podem constituir situações protegidas pelo direito, podendo, conseqüentemente, ser preservados, caso encontrem proteção em outras normas do ordenamento, como o princípio da boa-fé, o princípio da segurança jurídica e as cláusulas de preclusão (ÁVILA, Humberto. *Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. p. 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 05 nov. 2005; CÂMARA, Jacintho Arruda *A Preservação dos Efeitos dos Atos Administrativos Viciados*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. p. 7, 9 e 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 05

reconhecimento de qualquer eficácia jurídica a ela. Em outras palavras, a inconstitucionalidade afasta apenas os efeitos jurídicos que adviriam da norma inconstitucional, não afasta os efeitos jurídicos que decorrem da incidência de normas jurídicas válidas, que podem emprestar efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional. Nada obsta, portanto, que se reconheça efeitos jurídicos a atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide de normas inconstitucionais. Apenas que estes efeitos não lhes poderão ser atribuídos pela norma inconstitucional — que, nula, carece de eficácia jurídica —, devendo decorrer da incidência de normas jurídicas.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já indicava essa solução, quando examinou casos em que se discutia a validade da citação e penhora efetuadas por funcionário público que desempenhou funções próprias do cargo de oficial de justiça, a partir de designação levada a efeito com base em lei cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Representação. Restou, então, consignado que, não obstante fosse inválida a investidura dos funcionários públicos no cargo de oficial de justiça, em virtude da inconstitucionalidade da lei que a autorizou, os atos por eles praticados seriam válidos, tendo em vista a aplicação de princípios gerais do Direito Processual Civil e do Direito Administrativo, que compõem a denominada teoria do “funcionário de fato” e que autorizam o reconhecimento de eficácia jurídica a atos praticados por funcionários irregularmente investidos¹⁰⁴⁴. Afirmou-se, ainda, que, sendo a norma inconstitucional, ela é nula e, conseqüentemtnne “não incide sobre factos, nela vistos ou previstos”, não sendo capaz de emprestar-lhes

nov. 2005; ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 42).

¹⁰⁴⁴ BRASIL. STF RE 78.594 – SP. Relator: Min. Bilac Pinto, 1974. Voto do Min. Bilac Pinto.

efeitos jurídicos, de modo que estes fatos “não tem existência jurídica por força da lei inconstitucional”, o que, contudo, não impede que adquiram efeitos jurídicos “a poder de incidência de outra lei ou regra jurídica”¹⁰⁴⁵.

Deve-se observar que estas normas jurídicas é que haverão incidido desde o início. Assim, são elas que, desde a edição da norma inconstitucional — ou desde que se verificou a inconstitucionalidade superveniente —, haverão eventualmente emprestado efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados ou ocorridos em função da norma inconstitucional. Trata-se, portanto, de, diante da inconstitucionalidade da norma sob cuja égide foram praticados atos e ocorreram fatos, identificar normas jurídicas que incidiram, e reconhecer os efeitos que, desde o início, foram gerados por estas normas jurídicas, e não de se manter efeitos que, por ser ineficaz, a norma inconstitucional não é capaz de gerar. Em outras palavras, as normas jurídicas que incidiram geram elas próprias os efeitos jurídicos que se reconhece, e não mantêm os pretensos efeitos jurídicos da norma inconstitucional. A norma inconstitucional é “nula e ineficaz *ab initio*” e “o reconhecimento de certa eficácia a situações nela fundadas não decorre do fato de ter a lei produzido efeitos e sim de outros princípios ou normas do ordenamento”¹⁰⁴⁶. O que as normas jurídicas que hajam incidido sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional fazem não é, portanto, assegurar a eficácia da norma inconstitucional, para que esta assegure os efeitos jurídicos praticados sob sua égide, mas sim atribuírem, elas próprias, efeitos a estes atos e fatos, de modo que o reconhecimento destes efeitos jurídicos prescinde da aplicação ou do reconhecimento da eficácia da norma inconstitucional. A inconstitucionalidade da

¹⁰⁴⁵ BRASIL. STF RE 78.533-7 – SP. Relator: Min. Firmino Paz, 1981. Rel. Min. Firmino Paz.

¹⁰⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 129.

norma priva-a de eficácia, impedindo-lhe de emprestar efeitos jurídicos a atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide; as normas jurídicas que incidem sobre estes mesmos atos e fatos asseguram-lhes os efeitos jurídicos que lhe são próprios.

Pode ocorrer que os efeitos decorrentes da incidência destas normas jurídicas sejam idênticos aos efeitos que decorreriam da incidência da norma inconstitucional em função da qual eles foram praticados, se de norma jurídica se tratasse. Assim, mesmo reconhecida a inconstitucionalidade da norma, poderá parecer que se esteja “mantendo” os efeitos de sua aplicação, quando, na verdade, se estará reconhecendo efeitos idênticos, provenientes da incidência de normas jurídicas. Pode ocorrer, por outro lado, que os efeitos decorrentes das normas jurídicas que efetivamente incidiram sobre os atos e fatos, sejam apenas parecidos com os efeitos que resultariam da aplicação da norma inconstitucional, ou mesmo que não guardem qualquer relação com eles.

Dessa forma, para se determinar as conseqüências do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma sob cuja égide os atos e fatos foram praticados ou ocorreram, deve-se examinar não apenas a norma inconstitucional, mas também as normas jurídicas que hajam porventura incidido sobre estes mesmos atos e fatos. Se existirem normas jurídicas que hajam incidido sobre eles, nada impedirá que se lhes reconheça efeitos jurídicos. Efeitos jurídicos estes, no entanto, que serão não aqueles que resultariam da incidência da norma inconstitucional, se válida fosse, mas os que resultaram da incidência das normas jurídicas. Não sendo oriundos da norma inconstitucional, estes efeitos não são diretamente afetados pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade, não havendo por que serem negados quando do reconhecimento

da inconstitucionalidade da norma sob cuja égide os atos e fatos foram praticados ou ocorreram.

E aqui está a resposta para a parte da doutrina que afirma que não é possível vincular a existência da norma jurídica à validade da norma, afirmando que se a norma inválida não existisse enquanto norma jurídica, ela não poderia produzir efeitos¹⁰⁴⁷. Os efeitos jurídicos vinculados à existência da norma inválida não são decorrentes desta norma, que, sendo inválida, não possui a eficácia jurídica peculiar às normas jurídicas, não sendo capaz de incidir e jurisdicizar fatos e atos. Estes efeitos jurídicos são os efeitos resultantes da incidência de normas jurídicas — normas válidas, portanto.

Prosseguindo-se, tem-se que é justamente a possibilidade de normas jurídicas haverem incidido sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional que faz necessário que a Administração, ao anular atos praticados com base em norma inconstitucional que hajam repercutido na esfera individual do administrado, deva seguir um procedimento¹⁰⁴⁸, assegurando ao administrado a possibilidade de se manifestar e defender a manutenção dos efeitos jurídicos que lhe sejam favoráveis. De fato, este procedimento dará oportunidade ao administrado para demonstrar que, não obstante o ato administrativo haja sido praticado com base em uma norma inconstitucional, normas jurídicas incidiram sobre os atos praticados pela Administração, emprestando-lhes os efeitos jurídicos favoráveis ao administrado, efeitos jurídicos estes que, oriundos da incidência de normas jurídicas, normas válidas, portanto, não devem ser desfeitos.

¹⁰⁴⁷ PIMENTA, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, p. 17 e 32.

¹⁰⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 05 nov. 2005.

Esse também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, ao examinar caso em que se discutia ato do Governador do Estado que havia anulado concurso e nomeações, consignou que “[a] administração que homologou concurso e nomeou, empossou e deu exercício a candidato, não pode, por ato unilateral, anular o procedimento e declarar sem efeito a nomeação”¹⁰⁴⁹, recordando que sua jurisprudência tem “considerado indispensável o processo, com ampla defesa, para se anular a admissão de funcionário já empossado”, particularmente, quando a admissão haja se dado por concurso¹⁰⁵⁰, e que, “[d]esde que o Governo homologou o concurso de títulos e provas, não pode, por iniciativa sua, exclusiva, anular esse concurso, sem ouvir as partes”, uma vez que, “homologado, o concurso produz todos os seus efeitos, a não ser que haja a sua rescisão por processo administrativo regular”¹⁰⁵¹.

Idêntico o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em caso no qual examinou a possibilidade de o Poder Executivo revogar benefícios fiscais sob a alegação de que eles haveriam sido irregularmente concedidos. Afirmou-se, então, que os atos administrativos podem ser anulados, mas que “a anulação depende de processo administrativo, no qual haja defesa”¹⁰⁵².

De qualquer sorte, serão os efeitos das normas jurídicas que hajam eventualmente incidido sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, e não os efeitos da aplicação da norma inconstitucional, que serão reconhecidos pelo Direito. Assim, se se constatar que nenhuma norma jurídica

¹⁰⁴⁹ BRASIL. STF *RO em MS 10.140* - SC. Relator: Min. Pedro Chaves, 1962.

¹⁰⁵⁰ BRASIL. STF *RO em MS 10.140* - SC. Relator: Min. Pedro Chaves, 1962. Voto do Min. Victor Nunes.

¹⁰⁵¹ BRASIL. STF *RO em MS 10.140* - SC. Relator: Min. Pedro Chaves, 1962. Voto do Min. Hannemann Guimarães.

¹⁰⁵² BRASIL. STF *RO em MS 10.140* - SC. Relator: Min. Pedro Chaves, 1962.

incidiu sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, não haverá como reconhecer efeitos jurídicos a estes atos e fatos, pois não poderão eles buscá-los na norma inconstitucional, privada *ab ovo* de validade.

Por outro lado, podem existir normas que determinem o restabelecimento da situação anterior à edição da norma inconstitucional. E, se este for o caso, dever-se-á verificar como atuarão estas normas, diante das normas jurídicas que incidem sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, solucionamento eventuais conflitos ou colisões que entre elas se apresentem.

2.4.2 A incidência de normas jurídicas sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional

Passa-se, agora, a analisar com mais vagar como os efeitos jurídicos dos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional podem ser atribuídos por norma jurídicas que sobre eles hajam incidido.

Já de início, a própria existência da norma inconstitucional como fato¹⁰⁵³ — o fato de um texto haver sido aprovado pelo Poder Legislativo, sancionado pelo Poder Executivo e publicado no Diário Oficial, por exemplo — é capaz, por si só, de atrair a incidência de normas jurídicas.

¹⁰⁵³ A circunstância de a norma jurídica não existir enquanto norma jurídica não impede que ela exista como fato, dado serem distintos o mundo jurídico, onde existem as normas jurídicas, e o mundo dos fatos.

Entre as normas jurídicas cuja incidência é atraída pela existência da norma inconstitucional está a norma que impõe a presunção de validade das normas editadas pelo legislador.

A presunção de validade corresponde à presunção de que as normas foram elaboradas de acordo com os requisitos, formais e materiais, estabelecidos no ordenamento jurídico e, em especial, na Constituição, para sua elaboração¹⁰⁵⁴ e faz com que as normas sejam tidas por válidas, aplicáveis e de observância obrigatória¹⁰⁵⁵.

A presunção de validade é informada pelos valores de segurança e de estabilidade jurídicas¹⁰⁵⁶, desempenhando uma função pragmática indispensável, na medida em que assegura a manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, a harmonia do sistema¹⁰⁵⁷. Ausente a presunção de validade, instalar-se-ia a insegurança, uma vez que toda e qualquer norma, para que fosse considerada obrigatória, deveria ser previamente cancelada pelo órgão a que incumbe a verificação da validade das normas¹⁰⁵⁸.

Presume-se a constitucionalidade e a validade das normas porque se presume que o legislador tenha tomado as precauções para que as normas editadas não contrariem os requisitos postos pelo ordenamento jurídico para sua edição¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina, p. 161.

¹⁰⁵⁵ FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 211; LIMA, Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, p. 183-207. p. 204; SILVA, loc. cit.

¹⁰⁵⁶ SILVA, loc. cit.

¹⁰⁵⁷ GRECO, *Inconstitucionalidade da Lei Tributária*, p. 19-20; BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 174-5; NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 146.

¹⁰⁵⁸ GRECO, loc. cit.

¹⁰⁵⁹ CAVALCANTI, Lei: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, p. 376; MONTEIRO, O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo, p. 104; ROCHA, *Constituição e Constitucionalidade*, p. 94.

A presunção de validade não leva à conclusão, no entanto, de que a norma seja sempre válida¹⁰⁶⁰ ou de que não possa, no todo ou em parte, afrontar a Constituição¹⁰⁶¹; não torna a norma inatingível¹⁰⁶². A presunção de validade constitui, naturalmente, uma presunção¹⁰⁶³, e presunção *iuris tantum*¹⁰⁶⁴, que pode ser confirmada ou infirmada quando examinada pelo órgão competente no exercício do controle de constitucionalidade¹⁰⁶⁵, deixando de existir caso este órgão reconheça a inconstitucionalidade da norma¹⁰⁶⁶.

Observe-se que a possibilidade de o legislador descumprir os requisitos postos pelo ordenamento jurídico para a edição de normas jurídicas é admitida pela própria Constituição Federal de 1988, na medida em que prevê mecanismos de controle de constitucionalidade e mesmo a suspensão da execução da norma que haja sido reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁶⁷.

O descumprimento ou a não-aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes do reconhecimento desta inconstitucionalidade pelo órgão competente, sujeita aquele que deixou de aplicar a lei ou a descumpriu às sanções

¹⁰⁶⁰ Aliás, a existência de presunção, nesse caso, reforça a conclusão de que a invalidade característica da norma inconstitucional é a nulidade, e não a anulabilidade. De fato, se a norma inconstitucional fosse anulável, no período que antecederesse a decisão de inconstitucionalidade ela não seria apenas presumidamente válida, mas efetivamente válida, de modo não haveria que se falar em “presunção” de validade, mas em efetiva validade.

¹⁰⁶¹ LIMA, Funcionário Público, p. 468.

¹⁰⁶² CAVALCANTI, Lei: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, p. 376-7; MONTEIRO, O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo, p. 104.

¹⁰⁶³ GRECO, *Inconstitucionalidade da Lei Tributária*: repetição de indébito, p. 19-20, 22.

¹⁰⁶⁴ BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 174-5; NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 145.

¹⁰⁶⁵ GRECO, op. cit., p. 22 e 34; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 211; SILVA, José Afonso da. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina, p. 161; Idem, *Curso de Direito Constitucional*, p. 53; NEVES, loc. cit.

¹⁰⁶⁶ GRECO, op. cit., p. 22.

prescritas pelo ordenamento¹⁰⁶⁸. Por isso, antes da decisão judicial, aquele que não aplicar a lei ou descumpri-la, por inconstitucional, fa-lo-á por sua conta e risco¹⁰⁶⁹.

Se, no entanto, estiver convicto da inconstitucionalidade da norma não aplicada ou descumprida, pode recusar-lhe o cumprimento¹⁰⁷⁰. Se as autoridades responsáveis pela aplicação da norma a considerarem constitucional, poderá ser responsabilizado pela desobediência¹⁰⁷¹, mas sempre poderá questionar essa responsabilização perante o Poder Judiciário e, caso obtenha uma decisão favorável, o descumprimento intencional de norma inconstitucional não trará qualquer consequência¹⁰⁷².

Deve-se recordar que a presunção de validade constitui instrumento de garantia da Constituição, assegurando, a imperatividade das normas jurídicas e a harmonia do sistema, não podendo transformar-se, conseqüentemente, em um instrumento que acabe por dificultar que se implemente esta mesma garantia da Constituição por meio do afastamento das normas inconstitucionais¹⁰⁷³.

Além disso, ainda enquanto fato, a existência da norma inconstitucional pode reunir-se aos atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide, para, juntos, constituírem o suporte fático de normas jurídicas.

¹⁰⁶⁷ MIRANDA, Funcionário público, p. 468.

¹⁰⁶⁸ BASTOS, Controle de Constitucionalidade das Leis, p. 67; BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 174-5; LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 168; NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 147; MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 140.

¹⁰⁶⁹ BASTOS, Controle de Constitucionalidade das Leis, p. 67; BARROSO, op. cit., p. 174-5; KELSEN, *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*, p. 216-8; NEVES, op. cit., p. 147.

¹⁰⁷⁰ LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 168.

¹⁰⁷¹ KELSEN, *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*, p. 216-8.

¹⁰⁷² LOURENÇO, loc. cit.

Esse é o caso do princípio da segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança, por exemplo.

Com efeito, ao editar uma norma de cunho geral, impessoal e abstrato, dotada de presunção de validade, o Poder Público cria expectativas para aqueles que são alcançados por esta norma¹⁰⁷⁴. E essa expectativa é “protegida pelo ordenamento jurídico por meio de várias normas constitucionais que protegem a continuidade da ordem jurídica, como os princípios da segurança jurídica, da irretroatividade, da proteção do ato jurídico perfeito e da coisa julgada”¹⁰⁷⁵. Assim, “[q]uando um ato normativo, com validade presumida, cria, na esfera jurídica do particular, uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento, há incidência do princípio da proteção da confiança”¹⁰⁷⁶.

Além disso, a prática ou a ocorrência de atos e fatos, sem que estejam ao amparo de outra norma jurídica, pode fazer incidir determinadas normas jurídicas como a vedação do enriquecimento sem causa ou a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, que emprestam efeitos jurídicos a percepção de valores justamente naqueles casos em que a percepção destes valores não deriva de uma outra norma jurídica.

Para ilustrar o que se propõe, tome-se os exemplos usualmente apresentados pela doutrina e pela jurisprudência como casos em que as perplexidades surgidas a

¹⁰⁷³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. (Coleção Jurídica), p. 94.

¹⁰⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. p. 6. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 05 nov. 2005.

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁶ *Ibidem.*

partir das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade imporiam um temperamento da denominada concepção da “nulidade da norma inconstitucional”.

Veja-se, inicialmente, os casos citados pela doutrina em que normas que fixassem salários de trabalhadores, que assegurassem pensão a viúvas ou que concedessem gratificação específica a servidores públicos de menor nível remuneratório fossem, passado um certo tempo, tidas por inconstitucionais. Nestes casos, afirma-se que se deveria temperar a “nulidade da norma inconstitucional”, pois, fosse a norma inconstitucional nula, ela seria ineficaz e não poderia legitimar esses pagamentos e, via de conseqüência, os valores recebidos pelos trabalhadores, pelas viúvas e pelos servidores públicos deveriam ser devolvidos, conclusão essa tida por inaceitável. Afirma-se, então, que, nesse caso, deve-se atenuar a concepção acerca da “nulidade da norma inconstitucional”, a fim de se reconhecer efeitos à norma inconstitucional até a prolação da decisão de inconstitucionalidade, de modo que os valores até então recebidos não necessitem ser devolvidos.

De acordo com a compreensão que aqui se propõe, afirmar-se-ia a invalidade da norma inconstitucional e sua conseqüente ineficácia, reconhecendo sua incapacidade de legitimar os pagamentos efetuados aos trabalhadores, às viúvas e aos servidores públicos. Paralelamente, procurar-se-ia no ordenamento jurídico normas válidas, que houvessem incidido sobre estes mesmos pagamentos, de forma a legitimar a manutenção dos valores recebidos. Entre as normas que poderiam haver incidido, estaria o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança, informados, nesse caso, pela presunção de validade das normas com base nas quais os pagamentos foram

feitos. Reconhecer-se-iam, então, os efeitos que o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança haveriam emprestado aos atos praticados em função das normas inconstitucionais — os pagamentos, no caso —, para se afirmar que eles legitimam a manutenção dos valores recebidos até a prolação da decisão de inconstitucionalidade. Uma vez prolatada a decisão de inconstitucionalidade, não há mais como se sustentar a incidência do princípio da segurança jurídica, pois, sendo a presunção de validade afastada por esta decisão, não há mais expectativa legítima a ser protegida pelo ordenamento jurídico.

Destaque-se que foram, desde o início, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança que incidiram, tendo por suporte fático a realização de pagamentos com base em uma norma que se supunha válida e a expectativa de que os valores que estavam sendo recebidos eram legítimos. São os efeitos do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança que são reconhecidos, efeitos estes que não são afetados pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em função da qual os pagamentos foram realizados (sublinhe-se que o que é afetado pela prolação da decisão de inconstitucionalidade não são os efeitos passados da incidência do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, mas sua incidência futura, que não mais se justifica, na medida em que o suporte fático dessas normas jurídicas deixa de existir com a eliminação da presunção de validade da norma inconstitucional).

A norma inconstitucional com base na qual foram feitos os pagamentos nunca incidiu e tampouco emprestou qualquer efeito a estes pagamentos, não legitimando, de qualquer forma, os recebimentos ou a manutenção dos valores recebidos até a prolação da decisão de inconstitucionalidade. Não havendo qualquer efeito jurídico da norma

inconstitucional, não há sequer como se cogitar da “manutenção dos efeitos da norma inconstitucional”.

Pode-se examinar também o caso do servidor nomeado com base em norma posteriormente tida por inconstitucional, que prestou os serviços atinentes ao cargo que exerceu e recebeu os respectivos vencimentos. Afirma-se que, nesse caso, admitida a concepção da “nulidade da norma inconstitucional”, os valores recebidos pelo servidor deveriam ser considerados ilegítimos e devolvidos, conclusão essa que se tem por reprovável, sustentando-se, então, que se deve mitigar a “nulidade da norma inconstitucional”, para que se mantenham seus efeitos até a decisão de inconstitucionalidade, a fim de se assegurar a manutenção dos valores até então recebidos pelo servidor.

Adotando-se a linha aqui sugerida, o que se tem é que, no momento em que alguém presta serviços a um órgão público, ainda que em função de uma norma inconstitucional, este alguém merece uma contra-prestação. A norma que incide, no entanto, não é a norma inconstitucional, que criara o cargo ocupado pelo servidor. A norma que incide é a da vedação do enriquecimento sem causa, cujo suporte fático corresponde à prestação de um serviço a outrem, serviço que não pode deixar de ser remunerado, sob pena de aquele a quem o serviço for prestado locupletar-se, recebendo gratuitamente o serviço, sem que exista qualquer causa para tanto. Tanto é assim, que o servidor terá direito a uma remuneração, mas não aos demais benefícios que decorreriam da legítima ocupação de um cargo público. São os efeitos da norma que veda o enriquecimento sem causa que são reconhecidos e mantidos, e não os efeitos da norma inconstitucional que haveria criado o cargo ocupado.

Com a decisão de inconstitucionalidade, o serviço deverá deixar de ser prestado, já que reconhecida a inconstitucionalidade da norma que haveria criado o cargo ocupado. E, não sendo mais prestado o serviço, não há mais que se cogitar da incidência da norma que veda o enriquecimento sem causa.

Pode-se examinar, ainda, o caso dos vencimentos pagos a magistrados com base em norma posteriormente reconhecida inconstitucional. Sustenta-se que, afirmando-se a “nulidade da norma inconstitucional”, dever-se-ia concluir pela ineficácia da norma com base na qual os vencimentos foram percebidos e, conseqüentemente, pela necessidade de que tais valores fossem devolvidos, conclusão essa também tida por inaceitável, diante da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados. Propõe-se, então, que, a partir da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, imponha-se um temperamento à “nulidade da norma inconstitucional”, reconhecendo-lhe eficácia até a prolação da decisão de inconstitucionalidade e mantendo os efeitos que até então haja produzido, em especial a legitimação da percepção dos vencimentos.

Adotando-se a compreensão aqui proposta, ter-se-ia que a norma inconstitucional, sendo ineficaz, jamais emprestou qualquer efeito jurídico aos vencimentos pagos. Desde o início, a norma jurídica que incidiu foi a da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados¹⁰⁷⁷, que legitimaram o recebimento dos pagamentos.

¹⁰⁷⁷ Ou o princípio da segurança jurídica, como propõe o Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 197.917-8 – SP. (BRASIL. STF *RE 197.917-8* – SP. Relator: Min. Maurício Corrêa, 2002.).

A existência de uma norma — ainda que inconstitucional — que previa o pagamento desses vencimentos constitui um fato que integra o suporte fático da norma jurídica da irredutibilidade do vencimento dos magistrados ou do princípio da segurança jurídica. Com a decisão de inconstitucionalidade¹⁰⁷⁸, este suporte fático deixa de existir, de modo que a norma jurídica que estabelece a irredutibilidade do vencimento dos magistrados ou o princípio da segurança jurídica não mais incidem, deixando, portanto, de legitimar a percepção de qualquer vencimento a partir daí.

Mais uma vez, os efeitos que se reconhece e se mantêm não são aqueles da norma inconstitucional, mas aqueles das normas jurídicas que efetivamente incidiram: a norma que prevê a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados ou o princípio da segurança jurídica. A norma inconstitucional, em função da qual os vencimentos foram pagos, sendo inválida, jamais incidiu e tampouco emprestou qualquer efeito jurídico que pudesse legitimar os valores percebidos.

Pode-se analisar, ademais, o caso em que citações e penhoras foram efetuadas por servidores nomeados oficiais de justiça com base em norma cuja inconstitucionalidade posteriormente se reconheceu. Aponta-se que, assumida a “nulidade da norma inconstitucional”, dever-se-ia anular as citações e penhoras realizadas, o que seria admissível. Propõe-se, então, que se atenua a “nulidade da norma inconstitucional”, para que se reconheça a validade das citações e penhoras realizadas até a prolação da decisão de inconstitucionalidade.

¹⁰⁷⁸ Como asseverou o Min. Francisco Rezek no julgamento do Recurso Extraordinário nº 122.202 – MG. (BRASIL. STF *RE 122.202-6* –MG. Relator: Min. Francisco Rezek, 1993.).

Seguindo-se a linha apresentada nesse trabalho, ter-se-á que, efetivamente, deve-se reconhecer a validade das citações e das penhoras realizadas. Mas esta validade não decorrerá da incidência da norma inconstitucional, que, inválida, é necessariamente ineficaz. A validade das citações e das penhoras será uma consequência de normas jurídicas como o princípio da segurança jurídica ou o princípio da instrumentalidade dos atos processuais, consagrado, entre outros, nos artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil, que emprestam efeitos aos atos processuais que atinjam os objetivos a que se destinam, mesmo que realizados por quem não esteja validamente habilitado para praticá-los ou mesmo que apresentem algum defeito (destaque-se que esse reconhecimento da validade de atos processuais que apresentem algum vício não se restringe aos casos em que os defeitos dos atos processuais decorram da inconstitucionalidade da norma em função da qual hajam sido praticados, constituindo fenômeno mais abrangente e amplamente conhecido em sede de Direito Processual).

Pode-se, por fim, examinar os casos em que se verifica a aplicação de regras de preclusão. Afirma-se que, nesses casos, verificar-se-ia um temperamento da “nulidade da norma inconstitucional”, na medida em que as regras de preclusão — como a coisa julgada e a prescrição — determinariam a manutenção dos efeitos jurídicos da norma inconstitucional.

De acordo com a concepção proposta, no entanto, o que se sustenta é que não são os efeitos da norma inconstitucional que são mantidos, na medida em que, sendo inválida, a norma inconstitucional jamais incidiu e, conseqüentemente, jamais produziu qualquer efeito jurídico. Os efeitos que são mantidos são aqueles das próprias regras de preclusão, que, informadas pelo princípio da segurança jurídica, incidem desde o

momento em que os atos e fatos são praticados ou ocorrem e emprestam efeitos jurídicos a estes atos e fatos, ainda que praticados ou ocorridos sob a égide de normas inválidas — invalidade essa que, vale recordar, não necessita decorrer exclusivamente da inconstitucionalidade da norma —, em função da passagem do tempo.

No que tange especificamente à coisa julgada, deve-se recordar que a norma que é mantida é não a norma inconstitucional, mas sim a norma individual consubstanciada na decisão judicial. Entende-se que a decisão transitada em julgado rompe o nexo entre a norma geral e o caso concreto, constituindo norma individual para o caso concreto, razão pela qual o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma geral não afeta esta norma individual¹⁰⁷⁹. O respeito às decisões transitadas em julgado não representa o respeito à norma inconstitucional em que ela haja se fundado, mas o respeito à decisão judicial que teve essa norma por constitucional; os efeitos protegidos pela coisa julgada não são aqueles produzidos pela norma inconstitucional, mas os efeitos produzidos pela decisão judicial¹⁰⁸⁰.

2.4.3 A inexistência de qualquer exceção ou atenuação em relação à concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional

Percebe-se, portanto, que a manutenção dos efeitos jurídicos de atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional não representa exceção à nulidade da norma inconstitucional, uma vez que tais efeitos jurídicos não derivam da norma inconstitucional — que, nula, não possui aptidão para gerar efeitos jurídicos —,

¹⁰⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 129; MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 552; MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 280.

mas sim da incidência de outras normas, estas válidas. Para que se mantenham os efeitos dos atos praticados sob a égide da norma inconstitucional, não é necessário abrir mão da nulidade da norma inconstitucional e reconhecer-lhe a aptidão para incidir e produzir efeitos jurídicos. O que se deve fazer é encontrar, dentro do ordenamento jurídico, normas válidas, que amparem a produção destes efeitos. Não se trata de temperar ou flexibilizar as conseqüências da inconstitucionalidade da norma, fazendo ceder a supremacia e a rigidez da Constituição e a unidade e coerência do ordenamento jurídico, para reconhecer eficácia ainda que temporária e parcial à norma inconstitucional. Trata-se, isso sim, de buscar no ordenamento jurídico a solução para as perplexidades que eventualmente surgiriam destas conseqüências, caso se considerasse isoladamente a norma inconstitucional. A inconstitucionalidade da norma traz, efetivamente, sua ineficácia *ab initio*, mas isso não impede que normas jurídicas hajam incidido e emprestado efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, efeitos estes que se mantêm, a despeito do reconhecimento desta inconstitucionalidade. A norma inconstitucional é, sim, inválida e privada de eficácia desde sua origem, devendo-se buscar no ordenamento jurídico outras normas, capazes que assegurar o reconhecimento de efeitos jurídicos àqueles atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional.

O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não determina o desfazimento dos efeitos jurídicos atribuídos por normas jurídicas que hajam incidido sobre atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide. A inconstitucionalidade da norma priva os atos e fatos sob a égide desta norma dos efeitos jurídicos que esta norma lhes emprestaria, não dos efeitos jurídicos que lhe sejam emprestados por normas

¹⁰⁸⁰ MEDEIROS, loc. cit.

jurídicas que hajam sobre eles incidido. Assim, mesmo operando *ab initio*, a ineficácia da norma inconstitucional não priva os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional de efeitos jurídicos, não impede que estes atos e fatos possuam efeitos jurídicos e os mantenham mesmo depois do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, se estes atos e fatos sofrerem a incidência de normas jurídicas.

Destaque-se que tampouco existe uma “ponderação” entre um “princípio da nulidade da norma inconstitucional” e as normas jurídicas que incidam sobre os atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, que viesse a fazer prevalecer estas normas jurídicas sobre aquele princípio, de modo que ele não incidisse em seu grau máximo e com todas suas conseqüências.

As normas jurídicas que incidem sobre estes atos e fatos não atuam para reduzir o grau de aplicação do “princípio da nulidade da norma inconstitucional”, de forma a afastar parcialmente as conseqüências que lhe seriam peculiares — entre as quais a ineficácia da norma inconstitucional —. Elas atuam, isso sim, para emprestar, elas próprias, efeitos jurídicos a estes atos e fatos, efeitos que a norma inconstitucional, por ser ineficaz, nunca emprestou e nem poderia haver emprestado. As conseqüências da inconstitucionalidade verificam-se em sua integralidade e de forma definitiva, sem que tais normas jurídicas imponham-lhes qualquer restrição ou temperamento.

Anote-se, ainda, que é a incidência de normas jurídicas que atribuem efeitos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, e não a incidência da própria norma inconstitucional, calcada em uma avaliação subjetiva de

que as conseqüências da inconstitucionalidade seriam “piores” do que o reconhecimento da eficácia jurídica da norma inconstitucional.

Como se demonstrou, portanto, as perplexidades usualmente apontadas pela doutrina e pela jurisprudência, para excepcionar ou mesmo afastar integralmente a nulidade da norma inconstitucional são meramente aparentes e o ordenamento jurídico brasileiro fornece soluções para a superação dessas dificuldades, sem que seja necessário excepcionar ou afastar a invalidade, a inexistência e a ineficácia da norma inconstitucional.

Mais: os mecanismos disponibilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, se adequadamente aplicados, conduzem aos mesmos resultados práticos e jurídicos buscados por aqueles que defendem o temperamento da nulidade da norma inconstitucional, sem qualquer necessidade de excepcionar a nulidade da norma inconstitucional, e, conseqüentemente, sem colidir com a supremacia e a rigidez da Constituição ou com a exigência de coerência e unidade do ordenamento jurídico.

E, sendo assim, não há qualquer razão para que o Poder Judiciário refreie sua ação no controle da constitucionalidade das normas ou deixe de reconhecer a inconstitucionalidade de qualquer norma, pois, como se viu, o ordenamento jurídico brasileiro alça-lhe os instrumentos necessários para, ao mesmo tempo em que se mantém fiel à supremacia e à rigidez da Constituição e à coerência e unidade do ordenamento jurídico, assumindo a “nulidade da norma inconstitucional”, evitar qualquer conseqüência contrária aos vetores que orientam o ordenamento jurídico — como a segurança jurídica, a proteção da boa-fé e da confiança, a manutenção da paz

social, a perseguição da justiça, entre outros — desfazendo as aparentes perplexidades que os casos concretos lhe apresentem.

2.5 A superação das perplexidades: a aferição da inconstitucionalidade

2.5.1 O paradigma para a aferição da inconstitucionalidade da norma é o conteúdo normativo da Constituição

O segundo passo que há que se dar para superar as perplexidades que podem surgir a partir das conseqüências da inconstitucionalidade da norma — inexistência, invalidade e ineficácia — diz respeito à aferição da inconstitucionalidade.

O conceito que aqui se emprega é o de que a simples constatação de que a norma contraria uma determinada norma constitucional, isoladamente considerada, não é o suficiente para afirmar sua inconstitucionalidade.

Com efeito, a Constituição deve ser vista não como um aglomerado de normas isoladas, mas como uma unidade, como um todo harmônico, como um sistema orgânico, em que cada parte tem de ser compreendida à luz das demais¹⁰⁸¹. Uma norma constitucional não pode ser considerada isoladamente, nem interpretada exclusivamente a partir dela mesma, já que se apresenta necessariamente em uma conexão de sentido com as demais normas constitucionais¹⁰⁸². As normas constitucionais não podem ser

¹⁰⁸¹ BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 193-4; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t.2; p. 291; SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 28, 99-100.

¹⁰⁸² BARROSO, loc. cit.

consideradas como normas dispersas e isoladas, devendo, antes, ser visualizadas como normas integradas em um sistema unitário de normas¹⁰⁸³.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que “a Constituição, nas diversas classes de preceitos que contém, encerra uma unidade sistemática, normativa e lógico-racional”¹⁰⁸⁴.

É certo que podem surgir tensões entre as diversas normas constitucionais, até porque a Constituição constitui um sistema aberto, integrado por princípios¹⁰⁸⁵. Contudo, diante da necessária unidade da Constituição, deve-se, nesses casos, buscar a harmonia entre as normas constitucionais, conciliar aquelas que aparentemente estiverem em conflito, determinar o ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir em sua aplicação, cuidando de administrar eventuais superposições, sem, no entanto, jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas¹⁰⁸⁶. Não se pode admitir, entre normas constitucionais, antinomias jurídicas *reais*, as antinomias eventualmente detectadas serão sempre *aparentes e, ipso facto*, solucionáveis, seja pelo estabelecimento de um equilíbrio entre as normas, seja pela exclusão da incidência de alguma delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido¹⁰⁸⁷.

A premissa que subjaz a essa necessidade de se harmonizar as normas constitucionais é a de que inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, na medida em que, do ponto de vista jurídico, a existência de hierarquia implicaria a conclusão de que

¹⁰⁸³ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1186-7.

¹⁰⁸⁴ BRASIL. STF *ADIn 2-1* – DF. Relator: Min. Paulo Brossard, 1992. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁰⁸⁵ BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 193-4; CANOTILHO, op. cit., p. 1145-6, 1186-7; SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 28, 99-100.

¹⁰⁸⁶ BARROSO, loc. cit.; CANOTILHO, op. cit., p. 1186-7; SARMENTO, loc. cit.

¹⁰⁸⁷ BARROSO, op. cit., p. 207.

aquelas normas que se situassem em um patamar inferior buscariam seu fundamento de validade naquelas que estivessem em um patamar superior, o que não ocorre entre as normas constitucionais, promulgadas originariamente com a Constituição¹⁰⁸⁸.

A constitucionalidade de uma norma deve, então, ser aferida diante do conteúdo normativo da Constituição, construído a partir de todas as normas constitucionais envolvidas¹⁰⁸⁹.

2.5.2 A definição do conteúdo normativo da Constituição

Pode ocorrer, que, ao lado da norma constitucional com a qual a norma colide ou entra em conflito exista outra norma constitucional, que ampare, ainda que momentaneamente, a norma.

Nesse caso, antes de decidir acerca da constitucionalidade da norma, deve-se solucionar a colisão ou o conflito, a fim de definir o conteúdo normativo da Constituição, com o qual deverá ser confrontada a norma.

Em se tratando de colisão entre princípios constitucionais, ela deverá ser solucionada por meio do mecanismo de ponderação de princípios¹⁰⁹⁰. Para executar esta ponderação, deve-se, inicialmente, verificar o conteúdo dos princípios envolvidos, para verificar se eles, efetivamente, são simultaneamente aplicáveis à hipótese e, caso

¹⁰⁸⁸ BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 198; CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1147.

¹⁰⁸⁹ MIRANDA, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 237-8.

¹⁰⁹⁰ ALEXY, *Derecho y razon pratica*, p. 11-13; ÁVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 157; DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 26, 72; GABEL, Peter.

positivo, se estão em confronto, conduzindo cada um em uma direção oposta, apontando soluções divergentes¹⁰⁹¹. Constatada a colisão dos princípios, deve-se, à luz das circunstâncias concretas, determinar o peso genérico que a Constituição confere a cada um destes princípios¹⁰⁹². A seguir, o intérprete deve determinar, com base nas circunstâncias concretas, o peso específico de cada um dos princípios, ponderando-os e impondo compressões recíprocas, com o objetivo de alcançar o ponto ótimo, em que cada princípio seja aplicado em seu grau máximo e a restrição a cada um dos princípios seja apenas a mínima indispensável para assegurar sua convivência com os demais¹⁰⁹³. As restrições impostas a cada um dos princípios serão inversamente proporcionais a seu peso específico, sendo determinadas, conseqüentemente, a partir do peso específico que os demais princípios envolvidos na colisão assumem no caso concreto¹⁰⁹⁴.

Em se tratando de conflito entre regras constitucionais, e admitindo-se tratem-se de regras constitucionais válidas, acabar-se-á, na verdade, constatando que o conflito é apenas aparente e que surge de uma imprecisa enunciação das regras constitucionais. Concluir-se-á que, na verdade, uma das regras estabelece uma exceção na outra, o que acaba com o conflito, na medida em que as regras não mais serão simultaneamente aplicáveis¹⁰⁹⁵. Uma enunciação precisa da regra incluirá essa exceção, evidenciando a inexistência do conflito¹⁰⁹⁶.

Book review of *Taking Rights Seriously*, by Ronald Dworkin. *Havard Law Review*. Cambridge. v. 91, p. 302-315, 1977-1978. p. 304; GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 94.

¹⁰⁹¹ SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 99-100.

¹⁰⁹² *Ibidem*, p. 103.

¹⁰⁹³ ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 89; ÁVILA, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 157; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 251; SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 102, 104.

¹⁰⁹⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 18; ÁVILA, *op. cit.*, p. 159; SARMENTO, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰⁹⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 88; BONAVIDES, *op. cit.*, p. 251.

¹⁰⁹⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 253; DWORKIN, *op. cit.*, p. 25; GRAU, *op. cit.*, p. 92.

Pode ocorrer, ainda, que o conflito de regras revele uma colisão dos princípios que são por elas concretizados e dos quais são materialmente dependentes. Nesse caso, a solução a ser adotada é aquela aplicável à colisão de princípios, resultando que a não aplicação determinado princípio implicará a não-incidência da regra que o concretiza¹⁰⁹⁷.

Caso se identifique um conflito entre um princípio constitucional e uma regra constitucional, o primeiro passo é verificar se efetivamente trata-se de um conflito entre o princípio e a regra, ou de um conflito entre o princípio e os princípios que são refletidos pela regra e que militam pela sua manutenção. Caso se constate que o conflito é entre o princípio constitucional e os princípios que amparam a regra, então tem-se, na verdade, um caso de colisão de princípios e a solução é a acima preconizada¹⁰⁹⁸.

Pode ocorrer, contudo, que a regra efetivamente limite o princípio e que a solução não possa ser estabelecida por meio da ponderação entre o princípio constitucional e o outro princípio constitucional que ampare a regra constitucional¹⁰⁹⁹. Nesse caso, a primeira hipótese é a que exista uma regra de validade que determina que a regra precede ao princípio, sem que seja relevante quão importante seja o cumprimento do princípio e quão pouco importante seja o cumprimento da regra¹¹⁰⁰. A segunda hipótese é a de que exista um princípio de validade que, sob determinadas circunstâncias, permita que o princípio desloque ou restrinja a regra; nesse caso, verificadas as condições previstas no princípio de validade, o princípio prevalecerá

¹⁰⁹⁷ SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, p. 106.

¹⁰⁹⁸ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 77-8.

¹⁰⁹⁹ ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 87, nota. 24.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 24.

sobre a regra; não satisfeitas as condições, o princípio de validade impõe que prevaleça a regra¹¹⁰¹.

2.5.3 A conclusão acerca da inconstitucionalidade da norma

Caso a norma constitucional com a qual a norma colide prevaleça, o conteúdo normativo da Constituição será definido a partir dela e, conseqüentemente, a norma colidirá com este conteúdo, impondo-se a conclusão acerca de sua inconstitucionalidade. Pode ocorrer, contudo, que a norma constitucional que prevaleça seja aquela que ampara a norma e com o qual ela se conforma, caso em que o conteúdo normativo da Constituição será determinado a partir desta norma constitucional e, por conseguinte, a norma estará em consonância com ele, não havendo porque afirmar sua inconstitucionalidade.

Assim, mesmo que a norma contrarie uma norma constitucional, se isoladamente considerada, isso não é o suficiente para afirmar sua inconstitucionalidade, pois, se a norma estiver em conformidade com o conteúdo normativo da Constituição, construído a partir de todas as normas constitucionais que incidem no caso, ela será constitucional.

Sendo a norma constitucional, porque conforme ao conteúdo normativo da Constituição, não há porque sustentar sua invalidade ou ineficácia, de modo que ela pode incidir e emprestar efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide.

¹¹⁰¹ ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 87. nota. 24.

O que acontece não é, portanto, que a norma seja inconstitucional, por contrariar determinada norma constitucional, mas seus efeitos sejam mantidos, porque, se se admitisse a ineficácia característica da inconstitucionalidade da norma, acabar-se-ia por contrariar a norma constitucional que impõe a manutenção da norma e, em consequência, por “agravar o estado de inconstitucionalidade”. A aplicação da norma constitucional com a qual colide a norma e da norma constitucional que ampara sua manutenção não se dá de forma isolada e sucessiva, a primeira determinando a inconstitucionalidade da norma, e a segunda determinando a manutenção dos efeitos da norma, não obstante sua inconstitucionalidade. Não, a atuação das normas constitucionais, aquela com a qual a norma colide e aquela que ampara a manutenção da norma, dá-se simultaneamente, na determinação do conteúdo normativo da Constituição.

Parece equivocado afirmar que a norma, não obstante inconstitucional, possa gerar efeitos jurídicos. Primeiro, porque se estaria afirmando que a Constituição não se apresenta como uma unidade e que nela coexistem normas contraditórias, a norma constitucional contrariada pela norma e a norma constitucional que ampara a manutenção da norma, conclusão esta que não se pode admitir¹¹⁰². Segundo, estar-se-ia afirmando que, não obstante a norma fosse inconstitucional, a manutenção de seus efeitos seria imposta pela própria Constituição, vale dizer a própria Constituição exigiria a eficácia de uma norma que a contraria, o que tampouco é possível¹¹⁰³. Terceiro, ao se reconhecer a eficácia da norma inconstitucional, estar-se-ia negando uma das consequências

¹¹⁰² BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 193-4; SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*. p. 28, 99-100.

¹¹⁰³ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. 2; p. 291.

da inconstitucionalidade da norma, que, como se viu, derivam da supremacia e da rigidez da Constituição e da coerência e unidade do ordenamento jurídico. Quarto, se se reconhecesse que a norma é inconstitucional, ter-se-ia que reconhecer que ela é inválida, ao passo que, para se reconhecer que ela possa gerar efeitos jurídicos, ter-se-ia que afirmar que ela é válida, de forma que estar-se-ia afirmando que a norma é, ao mesmo tempo, válida e inválida, o que, à toda evidência, não é possível¹¹⁰⁴.

A solução apresentada, por sua vez, revela-se mais consistente, na medida em que, ao afirmar que eventuais conflitos entre normas constitucionais são solucionados em um momento anterior — do ponto de vista lógico, não cronológico — ao da verificação da constitucionalidade da norma, momento em que se definirá o conteúdo normativo da Constituição, garante que esta terá um único conteúdo, assegurando assim sua unidade. Garante-se, ainda, a supremacia da Constituição, pois se afasta a necessidade de se reconhecer eficácia a uma norma inconstitucional. Além disso, de acordo com o que aqui se propõe a norma ou será constitucional ou será inconstitucional, não sendo simultaneamente inconstitucional, por contrariar determinada norma constitucional, e constitucional, porque outra norma constitucional demanda a manutenção de seus efeitos. Por fim, o reconhecimento de eficácia à norma não trará qualquer dificuldade, uma vez que se estará reconhecendo eficácia a uma norma constitucional e, por conseguinte, válida.

2.5.4 A aferição da inconstitucionalidade da norma

¹¹⁰⁴ BUZAID, Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 35; Idem, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 131-2; TEIXEIRA, Do Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal, p. 33.

A inconstitucionalidade não pode ser diagnosticada a partir da confrontação da norma jurídica indigitada com normas constitucionais individualmente consideradas. A inconstitucionalidade deve ser apurada mediante a confrontação da norma jurídica com o conteúdo normativo integral da Constituição, conteúdo este que é formado por todas as normas constitucionais que incidem no caso.

Tome-se, por exemplo, uma norma que contrariasse o princípio da isonomia. Confrontada isoladamente com o princípio da isonomia, a norma que com ele colidisse seria inapelavelmente inconstitucional, e, conseqüentemente, inválida, inexistente e ineficaz. Suponha-se, agora, que o princípio da isonomia não estivesse atuando isoladamente no caso, fazendo-se presentes outros princípios, como o da segurança jurídica. Suponha-se, ainda, que, quando do exame da constitucionalidade da norma, ao se determinar o conteúdo normativo da Constituição, se constate que, no caso, o peso específico do princípio da segurança jurídica é superior àquele do princípio da isonomia. Nessa hipótese, o conteúdo normativo da Constituição, com o qual a norma deverá ser confrontada será preponderantemente informado pelo princípio da segurança jurídica, que prevalecerá sobre o princípio da isonomia, fazendo-o ceder e, conseqüentemente, afastando a inconstitucionalidade da norma, que, embora pudesse colidir com o princípio da isonomia, isoladamente considerado, está em conformidade com o conteúdo normativo da Constituição.

Mais: o conteúdo normativo da Constituição pode variar com o tempo, a partir de circunstâncias fáticas ou de alterações ou mutações constitucionais. Isso porque o conteúdo normativo da Constituição é naturalmente mutante, já que formado a partir de princípios e conceitos abertos, alterando-se a partir da alteração do conteúdo de cada um

destes conceitos e dos diferentes pesos relativos que os princípios assumem no processo de ponderação em diferentes momentos.

Alterando-se o conteúdo normativo da Constituição, uma norma que, a princípio, não é inconstitucional, por que conforme ao conteúdo normativo da Constituição, pode passar a sê-lo, em virtude de alterações no conteúdo normativo da Constituição, com o qual a norma não mais se conformará. A partir desse momento, então, a norma tornar-se-á inconstitucional, fazendo-se presentes todas as conseqüências da inconstitucionalidade, aí incluída a ineficácia jurídica da norma.

E essa inconstitucionalização pode ocorrer em um momento anterior ao do exercício do controle de inconstitucionalidade, mas depois da edição da norma; a partir da decisão de inconstitucionalidade; ou mesmo no futuro.

Tome-se, por exemplo, o princípio da segurança jurídica. Nesse caso, a própria decisão de inconstitucionalidade constitui fato capaz de alterar seu peso específico. Com efeito, até que seja proferida a decisão de inconstitucionalidade, a presunção de constitucionalidade da norma pode fundar a aplicação do princípio da segurança jurídica e conceder-lhe peso específico suficiente para fazer ceder a norma constitucional que esteja sendo contrariada, impedindo, assim, que se configure a inconstitucionalidade da norma. Isso porque o conteúdo normativo da Constituição estará sendo prevalentemente determinado pelo princípio da segurança jurídica, com o qual a norma não colide.

Com a decisão de inconstitucionalidade, no entanto, a presunção de constitucionalidade da norma não mais persiste e o princípio da segurança jurídica perde

força, passando a ser sobrepujado pela norma constitucional que está sendo contrariada. Nesse momento, a norma passa a colidir com o conteúdo normativo da Constituição, definido a partir da norma constitucional com que ela colide, tornando-se, então, inconstitucional. Assim, com a decisão de inconstitucionalidade, a norma torna-se inconstitucional, com todas as conseqüências daí advindas.

Mas, como a inconstitucionalidade só se verificou a partir da decisão de inconstitucionalidade, também as conseqüências da inconstitucionalidade da norma somente a partir daí passam a existir. Tem-se, então, que, apenas a partir da decisão de inconstitucionalidade, a norma será inválida, inexistente e ineficaz. Não porque ela tenha sido anulada ou porque a decisão de inconstitucionalidade possua eficácia constitutiva, mas sim porque apenas com a decisão de inconstitucionalidade, que arroja por terra a presunção de constitucionalidade da norma, a norma se tornou inconstitucional. E, se antes da decisão de inconstitucionalidade a norma não era inconstitucional, não havia porque sustentar sua invalidade, inexistência ou ineficácia. Não se trata, portanto, de temperar ou protrair as conseqüências da inconstitucionalidade, mas sim de diagnosticar corretamente o momento em que esta inconstitucionalidade ocorre.

Casos há, em que a inconstitucionalidade da norma, e, conseqüentemente, o surgimento de suas conseqüências, pode se verificar em momento posterior ao da decisão de inconstitucionalidade. Nesse caso, no momento em que é procedido o controle de constitucionalidade, a norma apresenta-se ainda constitucional, mas é possível constatar que ela se encontra em um perceptível processo para se tornar inconstitucional.

Retome-se o exemplo anterior. Pode ocorrer que, mesmo depois do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, o princípio da segurança jurídica continue a ter força suficiente para fazer ceder a outra norma constitucional contrariada. Certo, o princípio da segurança jurídica não mais poderá buscar sua força na presunção de constitucionalidade da norma, pois esta não mais prevalecerá, em virtude da decisão de inconstitucionalidade. Podem existir, contudo, outros elementos, que alcancem força suficiente ao princípio da segurança jurídica, para que ele continue a orientar o conteúdo normativo da Constituição, restringindo o conteúdo da norma constitucional que milita pela inconstitucionalidade da norma. Mais uma vez, enquanto vingar o princípio da segurança jurídica, a norma continuará sendo constitucional e, portanto, válida, existente e eficaz. A partir do momento em que o princípio da segurança jurídica não mais prevalecer, sendo sobrepujado pela norma constitucional com a qual colide a norma, que passará, então, a determinar o conteúdo normativo da Constituição, a norma tornar-se-á inconstitucional, e, por conseguinte, inválida, inexistente e ineficaz.

Mais uma vez, deixa-se de declarar a inconstitucionalidade da norma não porque, se se o fizesse, criar-se-ia uma situação “mais inconstitucional” do que aquela criada pela existência da norma, mas pela simples e boa razão de que a norma é constitucional. O princípio constitucional que restaria violado se fosse suprimida a norma, por possuir, no caso, um peso específico superior (tanto que sua violação “agravaria o estado de inconstitucionalidade”) faz ceder o princípio constitucional que, isoladamente considerado, restaria violado pela norma, sobrepujando-o na definição do conteúdo normativo da Constituição, com o qual ainda se conforma a norma.

Mais uma vez, não se trata de de temperar ou prostrar as conseqüências da inconstitucionalidade, mas sim de diagnosticar corretamente o momento em que esta inconstitucionalidade ocorre. Em verdade, estar-se-ia diante de uma situação de norma “ainda constitucional”.

Deve-se destacar que, em qualquer desses casos, poderá ocorrer que a norma não seja mantida em sua integralidade. Com efeito, pode ser que a norma não esteja em absoluta conformidade com o conteúdo normativo da Constituição, de modo que alguns de seus efeitos podem estar desde já prejudicados. Isso será ainda mais verdadeiro se o confronto se der não entre a Constituição e uma norma, mas entre a Constituição e um diploma legislativo, integrado por diversas normas, caso em que poderá ocorrer que apenas algumas das normas do diploma legislativo permaneçam constitucionais, sendo outras, desde logo, inconstitucionais e, conseqüentemente, inválidas, inexistentes e ineficazes.

Veja-se que esta concepção acerca da forma como se deve verificar a inconstitucionalidade das normas permite que se alcance os mesmos resultados buscados com diversas técnicas de decisão em controle de inconstitucionalidade (como a declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade, reconhecimento de efeitos — inclusive para frente — a normas inconstitucionais, etc.), criadas para enfrentar as dificuldades surgidas na *praxis* do controle de constitucionalidade — em especial o risco de se verificar um inadmissível vácuo jurídico ou a repriminção das normas jurídicas que foram revogadas pela norma —, sem que, para tanto, seja necessário afastar as conseqüências da inconstitucionalidade, e, conseqüentemente, sem

que seja necessário abrir mão da supremacia e da rigidez da Constituição ou da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

2.6 A superação das perplexidades: a inconstitucionalidade por omissão

2.6.1 A inaplicabilidade da concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional aos casos de inconstitucionalidade por omissão

No caso da inconstitucionalidade por omissão, quando se verifica omissão absoluta, não se coloca a questão da inconstitucionalidade da norma, uma vez que inexistente norma que possa ser inconstitucional¹¹⁰⁵. Com efeito, a inconstitucionalidade da norma só pode ser aferida mediante a análise da relação entre a norma e a Constituição¹¹⁰⁶. Sendo assim, resta evidente que, inexistindo norma, não há como se fazer qualquer juízo a respeito da adequação entre a norma e a Constituição. Tudo que há, no caso de omissão absoluta, é a inconstitucionalidade da própria omissão.

Não há, portanto, como se pretender associar, nos casos de omissão absoluta, a inconstitucionalidade à nulidade, uma vez que é impossível fazer qualquer juízo de validade. De fato, a conclusão acerca da validade da norma é estabelecida a partir da análise da conformidade do procedimento para a elaboração da norma e de seu conteúdo em relação à Constituição¹¹⁰⁷. Evidentemente, se não há norma, essa análise revela-se

¹¹⁰⁵ MENDES, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro.

¹¹⁰⁶ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. 2; p. 274; Idem, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 473; Idem, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 11.

¹¹⁰⁷ ÁVILA, COFINS e PIS, p. 437; FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 273-4; MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*, p. 2; NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 69-70; ZANCANER, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 34 e 40.

impossível. Não há como se emitir um juízo sobre a validade de uma norma que não haja sido posta¹¹⁰⁸.

Assim, nos casos em que se trata de omissão inconstitucional, pode-se perfeitamente aceitar a “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade”, pois a inconstitucionalidade, aqui, é da omissão, e não da norma, e, não havendo norma, não há porque se exigir que à inconstitucionalidade esteja ligada a nulidade, pois não há que se cogitar da “nulidade da omissão”.

A superação da inconstitucionalidade, nesses casos, deve ser encontrada por meio de um dos mecanismos que a Constituição Federal de 1988 alcança ao Poder Judiciário para solucionar a inconstitucionalidade por omissão.

Em primeiro lugar, há a possibilidade de o Poder Judiciário integrar a norma editada, acrescentando-lhe ou adicionando-lhe o conteúdo exigido pela Constituição, a fim de suprir-lhe a omissão¹¹⁰⁹. Em tal hipótese, o Poder judiciário não se comporta como legislador, senão que exerce sua função de intérprete da Constituição¹¹¹⁰. A atuação do Poder Judiciário, no entanto, deverá, necessariamente, observar o princípio da reserva do possível, considerando-se as possibilidades que aqueles que deverão cumprir a norma integrada possuem, especialmente, quando a norma se destinar à Administração, os limites impostos pelo orçamento ou pelos recursos disponíveis, ou a exigência da satisfação de determinados pressupostos fáticos, que impedem, por exemplo, que

¹¹⁰⁸ GRECO, *Inconstitucionalidade da lei tributária*. p. 34.

¹¹⁰⁹ CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 357; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 514.

¹¹¹⁰ MIRANDA, *op. cit.*, p. 515.

determinado benefício seja estendido de forma automática¹¹¹¹. De qualquer forma, o princípio da reserva do possível deve ser adequadamente ponderado, diante dos princípios constitucionais que estejam sendo reduzidos à ineficácia pela omissão inconstitucional¹¹¹².

Em segundo lugar, poderá o Poder Judiciário reconhecer a existência de inconstitucionalidade por omissão. No sistema introduzido pela Constituição Federal de 1988, esse reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão poderá se dar em sede de Mandado de Injunção, nos termos do inciso LXXI do artigo 5º do Texto Constitucional, ou em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de Ação Declaratória de Constitucionalidade, nos termos da alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, ou, ainda, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Em qualquer desses casos, o resultado será a comunicação ao Poder omissor, para que este providencie seu suprimento¹¹¹³.

Essa solução pode não parecer suficiente, especialmente para assegurar a eficácia da Constituição.

Tal insuficiência, contudo, não constitui um problema exclusivamente ou sequer preponderantemente jurídico, sendo, antes, um problema político, que reside

¹¹¹¹ CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 354, 357; MENDES, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania*; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 515.

¹¹¹² MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 515.

¹¹¹³ CLÈVE, *op. cit.*, 357-8.

fundamentalmente na dimensão que cada ordenamento jurídico dá à separação dos poderes e no conteúdo que a democracia possui neste ordenamento¹¹¹⁴.

Com efeito, as limitações impostas aos mecanismos para a superação da inconstitucionalidade por omissão resultam basicamente da dimensão que a separação dos poderes assume em cada ordenamento jurídico, impedindo que o Poder Judiciário aja como legislador positivo — especialmente em virtude de sua falta de legitimação democrática para tanto —, editando ele próprio as normas jurídicas necessárias para superar a omissão inconstitucional¹¹¹⁵, ficando limitado à conclamar ou admoestar os outros Poderes, para que o façam. Resultam também dos limites impostos pelo regime democrático, que hesita em atribuir legitimação para a edição de normas jurídicas gerais a um Poder não eleito pelo povo.

Na medida em que se reconhecesse que a eficácia da Constituição constitui um valor superior ao da separação de poderes usualmente reconhecida — que impede que o Poder Judiciário atue como legislador positivo —, e se admitisse que a edição de normas jurídicas por um Poder não eleito pelo povo não fragiliza a democracia, poder-se-ia aceitar mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão que garantissem ao próprio Poder Judiciário a competência para editar as normas jurídicas necessárias para a supressão da omissão e, conseqüentemente, assegurar a eficácia plena do Texto Constitucional¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ LOURENÇO, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, p. 142 e 146.

¹¹¹⁵ MIRANDA, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 75-6; CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 348-351 passim.

¹¹¹⁶ J. J. GOMES CANOTILHO, discute, ainda, a possibilidade de se outorgar essa função de supressão da inconstitucionalidade a outro órgão, cuja atuação seja mais simples — e, conseqüentemente, mais

Se isso não for feito, contudo, a participação do Poder Judiciário na solução da inconstitucionalidade por omissão deverá ser restrita, e a supressão definitiva da omissão inconstitucional deverá necessariamente contar com a participação do Poder competente para editar a norma jurídica exigida pelo Texto Constitucional.

2.6.2 O controle de constitucionalidade nos casos de omissão parcial

As diversas questões que se levantam acerca das conseqüências da nulidade da norma dizem respeito aos casos em que se verifica a omissão parcial, e, em especial, aos casos em que se verifica a exclusão de benefício contrária ao princípio da isonomia.

Inicialmente, quando há omissão parcial, tem-se que considerar a existência de dois elementos: a omissão em si, a lacuna, a ausência da norma exigida pela Constituição; e a norma editada, que satisfaz apenas parcialmente as exigências da Constituição.

A partir daí, deve-se localizar precisamente em qual destes elementos situa-se a inconstitucionalidade. É claro que esse exercício nem sempre será fácil, uma vez que a distinção entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão pode ser bastante tênue¹¹¹⁷, mas essa diferenciação será fundamental para se determinar os mecanismos corretos para se solucionar a inconstitucionalidade e, sobretudo, para evitar que se chegue, inadvertidamente, a perplexidades que conduzam a

célere — do que a dos órgãos de representação popular, como o Presidente da República, terminando, contudo, por afastá-la (CANOTILHO, op. cit. p. 350-1)

¹¹¹⁷ MENDES, A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro.

questionamentos acerca das conseqüências da inconstitucionalidade e à propositura de soluções que, não obstante engenhosas, acabam por colidir com elementos estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro, como a supremacia e a rigidez da Constituição e a coerência e unidade do ordenamento jurídico.

Isso porque, apenas quando a inconstitucionalidade residir na norma editada é que se colocarão os problemas relativos às conseqüências da norma inconstitucional. Se a inconstitucionalidade residir na lacuna, então a inconstitucionalidade não poderá ser solucionada por meio dos mecanismos destinados a solucionar a inconstitucionalidade por ação, mas sim por aqueles mecanismos desenvolvidos para a solução da inconstitucionalidade por omissão. E, o mais importante: se, mesmo que uma norma haja sido editada, a inconstitucionalidade não residir na norma, mas na lacuna, a norma será constitucional e, portanto, válida, não havendo porque lhe negar existência ou eficácia.

Tome-se, por exemplo, o multi-citado caso da norma que fixe o salário mínimo em um valor inferior àquele que seria necessário para atender às necessidades listadas no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal. O valor estabelecido para o salário mínimo não contraria a Constituição; ele é parte do valor que seria necessário para atender o exigido pela Constituição. Se, para cumprir a Constituição, o salário mínimo deveria valer R\$ 1.500,00 e o salário mínimo é fixado em R\$ 300,00, estes R\$ 300,00 são parte dos R\$ 1.500,00 exigidos pela Constituição. Inconstitucional não é assegurar que o trabalhador receba estes R\$ 300,00; inconstitucional é não assegurar que ele receba os outros R\$ 1.200,00.

A inconstitucionalidade está, claramente, não em a norma estabelecer que o trabalhador deva receber os R\$ 300,00. Está na inexistência de uma norma que estabeleça que ele ganhará outros R\$ 1.200,00. A inconstitucionalidade está, portanto, não na norma que fixa um salário mínimo de R\$ 300,00, mas na lacuna em relação à norma que deveria assegurar que esse salário mínimo, além dos R\$ 300,00 já

assegurados, compreenderia outros R\$ 1.200,00.

Não estando a inconstitucionalidade na norma, a norma que fixa o salário mínimo em R\$ 300,00 é constitucional, não havendo porque afirmar sua inconstitucionalidade¹¹¹⁸. A norma será, por conseguinte, válida, existente e capaz de produzir os efeitos jurídicos que lhe são peculiares, não havendo por que ter sua aplicação negada e tampouco dando origem a qualquer perplexidade a partir da manutenção de sua aplicação. Em especial, não se correrá o risco de, na expressão de IPSEN, dar-se ao postulante pedra ao invés de pão (“Steine stat Brot”)¹¹¹⁹ e nem haverá a necessidade de se adotar uma técnica como a da “declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade” desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão¹¹²⁰.

Há, portanto, inconstitucionalidade, inconstitucionalidade da omissão, mas não há nulidade, porque a omissão não pode ser nula e a norma positivada é válida, já que constitucional. Há, assim, verdadeiramente, inconstitucionalidade sem nulidade, que dessa forma deve ser reconhecida.

O mesmo exame deve ser procedido nos casos de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”. Se o benefício concedido for, em si mesmo

¹¹¹⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1006; MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 516.

¹¹¹⁹ IPSEN *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro.

¹¹²⁰ Técnica esta que, como aponta GILMAR FERREIRA MENDES, dificilmente poderia ser conciliada com o sistema difuso de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, uma vez que “não se concebe que o juiz singular possa convocar o legislador a empreender as medidas necessárias à colmatação de lacuna inconstitucional” (MENDES, *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, p.333-4.).

inconstitucional, dever-se-á declarar a norma que o concede inconstitucional e, conseqüentemente, inválida, inexistente e ineficaz.

Caso se constate que, não obstante a concessão do benefício efetivamente conduza a uma violação do princípio da isonomia, a supressão do benefício conduziria a um “agravamento da inconstitucionalidade” ou a uma situação “mais constitucional”, o que se verificará é uma colisão entre o princípio da isonomia e a norma constitucional que restaria violada pela supressão do benefício, que geralmente é indicada como sendo o princípio da segurança jurídica. E, nesse caso, esta colisão será solucionada em desfavor do princípio da isonomia, cuja aplicação deve ceder diante desta outra norma constitucional, que terá um peso específico maior do que o princípio da isonomia — conclusão esta que se impõe a partir da afirmação de que a supressão do benefício seria “mais inconstitucional” do que a violação do princípio da isonomia decorrente da manutenção do benefício. Havendo sido o princípio da isonomia sobrepujado pela norma constitucional que impõe a manutenção do benefício, o conteúdo normativo da Constituição será definido a partir desta outra norma constitucional. Sendo o conteúdo normativo da Constituição determinado pela norma constitucional que determina a manutenção do benefício, deve-se concluir que a norma que concede o benefício é constitucional, já que em conformidade com o conteúdo normativo da Constituição. E, sendo constitucional a norma que concede o benefício, não há porque sustentar sua invalidade ou questionar sua aplicação. Essa situação permanecerá enquanto a norma constitucional que conduz à manutenção do benefício possuir um peso específico maior do que o do princípio da isonomia, de modo que a colisão continue a ser solucionada em favor desta outra norma constitucional.

Se o benefício for constitucional, a inconstitucionalidade estará na omissão, na ausência da concessão do benefício aos grupos eventualmente excluídos. Nesse caso, contudo, não mais se cogita da nulidade da norma, uma vez que a norma é constitucional e, por conseguinte, válida. E não há que se falar em nulidade da omissão. Uma vez mais, a inconstitucionalidade decorrente da omissão — que, frise-se, não conduz à nulidade — deverá ser solucionada mediante a aplicação dos mecanismos voltados a esse tipo de inconstitucionalidade.

Note-se que a solução proposta permite superar as dificuldades apresentadas pela solução que preconiza o reconhecimento da inconstitucionalidade sem a consequência da nulidade da norma.

Permite superar, primeiro, a dificuldade relativa à unidade da Constituição. De fato, se se admitisse que a norma é inconstitucional, porque contraria o princípio da isonomia, mas sua eficácia deve ser mantida, por exigência de uma outra norma constitucional, cuja violação “agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade”, impor-se-ia como necessária a conclusão de que existiriam na Constituição duas linhas normativas diferentes e contraditórias: uma, vinculada ao princípio da isonomia, com a qual colide a norma; outra, vinculada à norma constitucional que ampara a manutenção da eficácia da norma, que com ela se conforma. Na medida em que a constitucionalidade da norma é aferida diante do conteúdo normativo da Constituição, e não das normas constitucionais isoladamente consideradas, essa dificuldade desaparece, pois o conteúdo da Constituição será único, solucionando-se a colisão entre o princípio da isonomia e a norma constitucional que ampara a manutenção da eficácia da norma

em um momento anterior, do ponto de vista lógico, àquele em que se afere a constitucionalidade da norma.

Permite superar, segundo, a dúvida acerca do critério a ser utilizado para se determinar que o Poder Judiciário está autorizado a preferir a manutenção da norma inconstitucional ao vácuo jurídico que sua supressão causaria, na medida em que assegura que a norma cuja eficácia será mantida será constitucional¹¹²¹ — já que, nos casos em que se afirma que a eficácia da norma deve ser mantida, pois sua supressão apenas “agravaria o estado de inconstitucionalidade”, chegar-se-á à conclusão de que a norma é constitucional e, por conseguinte, sua aplicação não encontra qualquer óbice.

Como se vê, os casos de inconstitucionalidade em que se verifica omissão parcial em nada justificam se atenuem ou se excepcione a concepção acerca da nulidade da norma, podendo ser solucionados ou pelos métodos aplicáveis à superação da inconstitucionalidade por omissão, ou pelos métodos destinados a superar a inconstitucionalidade por ação, sem que se faça presente qualquer perplexidade.

¹¹²¹ MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, p. 64.

CONCLUSÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina, desde há muito adotaram a concepção de que a norma inconstitucional é nula, inexistente, inválida e ineficaz, desde sua edição ou — em se tratando de inconstitucionalidade superveniente — desde o momento em que se verifica a inconstitucionalidade. Da mesma forma, o entendimento dominante acerca da decisão de inconstitucionalidade é o de que ela possui eficácia declaratória e *ex tunc*, retroagindo seus efeitos à edição da norma inconstitucional, ou ao momento em que se verificou a inconstitucionalidade, caso se trate de inconstitucionalidade superveniente.

Não obstante esse continue sendo o posicionamento dominante, tanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como na doutrina, a experiência jurisdicional acabou por criar a convicção de que essa concepção, em determinados casos, deve ser mitigada.

Assim, passou-se a propugnar a manutenção dos efeitos pretéritos da norma inconstitucional, nos casos em que o desfazimento ou a supressão dos efeitos jurídicos dos atos e fatos praticados sob a égide da norma inconstitucional colidam com princípios constitucionais, como o da segurança jurídica ou o da boa-fé, com princípios

gerais do Direito, como a vedação do enriquecimento sem causa, com normas como a irredutibilidade do vencimento dos magistrados ou com fórmulas de preclusão, ou coloquem em risco a justiça material ou a paz social.

Em um momento posterior, passou-se a afirmar também que, naqueles casos em que a supressão da eficácia da norma inconstitucional agrave o estado de inconstitucionalidade ou conduza a uma situação ainda mais inconstitucional — nomeadamente em casos em que se verifica inconstitucionalidade por omissão parcial, aí incluída a exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia —, deve-se afastar a concepção acerca da nulidade da norma inconstitucional, possibilitando que ela continue sendo aplicada, mesmo depois de reconhecida sua inconstitucionalidade.

Nesse contexto, a edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99¹¹²², haveria cristalizado o posicionamento majoritário da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina, no sentido de que a regra é a de que a norma inconstitucional é nula, inválida, inexistente e ineficaz e de que a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia declaratória e *ex tunc*, admitindo, no entanto, em casos excepcionais, temperamentos a essa concepção, a fim de assegurar a manutenção dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional até a decisão de inconstitucionalidade ou mesmo para manter a aplicação da norma após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Ao se examinar as conseqüências da inconstitucionalidade da norma sob o prisma do ordenamento jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988, que

¹¹²² E, posteriormente, do artigo 11 da Lei nº 9.882/99.

consagra a supremacia e a rigidez da Constituição e a coerência e unidade do ordenamento jurídico, conclui-se, de forma necessária, que a principal consequência da inconstitucionalidade da norma é sua invalidade, invalidade esta que surge, *ipso jure*, no momento em que a norma se torna inconstitucional e que não é passível de ser sanada, nem mesmo diante de uma posterior alteração do Texto Constitucional, que eventualmente faça desaparecer o conflito entre a norma e a Constituição. Desta invalidade da norma inconstitucional, derivam sua inexistência e sua ineficácia enquanto norma jurídica. A qualificação da norma inconstitucional como inválida e ineficaz justifica a afirmação reiteradamente repetida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina acerca de sua nulidade.

No que tange à decisão de inconstitucionalidade, ela possui eficácia declaratória, apenas reconhecendo a inconstitucionalidade e suas consequências — em especial, sua inexistência enquanto norma jurídica —. Dada sua eficácia declaratória, a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia *ex tunc*, retroagindo seus efeitos ao momento em que se verificou a inconstitucionalidade.

Não obstante as decisões proferidas em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade e em sede de controle concreto de constitucionalidade possuam, quando consideradas em sua integralidade, eficácias distintas, a decisão de inconstitucionalidade, a decisão acerca da incompatibilidade da norma diante da Constituição, é a mesma e apresenta sempre eficácia declaratória e *ex tunc*. As diferenças existentes entre as decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade e no controle concreto de constitucionalidade dizem respeito ao objeto da decisão — que, além da decisão acerca da constitucionalidade da norma, pode

incluir outras matérias, como os efeitos jurídicos dos atos e fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma inconstitucional — ou a sua eficácia pessoal, tratando-se, portanto, de características eminentemente processuais, que não derivam das conseqüências da inconstitucionalidade da norma, mas sim do procedimento adotado.

Adotando-se a compreensão preconizada neste trabalho, a interpretação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99¹¹²³ conduz à conclusão de que tudo o que fez este dispositivo legal foi introduzir uma alteração de ordem processual na disciplina da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ampliando o âmbito de conhecimento destas ações, que não mais se limita à inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma impugnada, passando a abranger também os efeitos que as normas jurídicas enfeixadas no conceito de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” hajam eventualmente atribuído aos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional. Sublinhe-se que não se trata de temperar ou manipular as conseqüências da inconstitucionalidade da norma — para o que sequer se prestaria mera disposição contida em legislação ordinária, uma vez que estas conseqüências são definidas por normas de estatura constitucional —, mas sim de verificar, já no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade, se outras normas jurídicas incidiram sobre os atos e fatos praticados ou ocorridos sob a égide da norma inconstitucional, emprestando-lhes efeitos jurídicos.

Destaque-se que não há como se admitir qualquer temperamento ou exceção em relação às conseqüências da inconstitucionalidade da norma ou à eficácia da decisão

¹¹²³ E também do artigo 11 da Lei nº 9.882/99.

de inconstitucionalidade, tal como aqui definidas. Fazê-lo, reconhecendo a eficácia da norma inconstitucional em relação a atos e fatos praticados ou ocorridos antes da decisão de inconstitucionalidade ou mantendo a aplicação da norma inconstitucional após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, significaria ignorar a supremacia e a rigidez da Constituição ou arrojá-la por terra a coerência e a unidade do ordenamento jurídico, o que não pode ser admitido no ordenamento jurídico erigido sob a Constituição Federal de 1988.

Essa radicalidade da concepção acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma e da eficácia da decisão de inconstitucionalidade — imprescindível para que se garanta a integridade da Constituição Federal e do ordenamento jurídico por ela instalado — não conduz, contudo, a qualquer perplexidade, uma vez que o próprio ordenamento jurídico brasileiro apresenta os mecanismos para solucionar as dificuldades que eventualmente se apresentem na prática jurisdicional.

A bem da verdade, as perplexidades citadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na doutrina, que justificariam o abrandamento das conseqüências da inconstitucionalidade da norma, são meramente aparentes, decorrendo talvez de uma imperfeita compreensão dos fenômenos associados à inconstitucionalidade.

O primeiro equívoco na percepção do fenômeno da inconstitucionalidade da norma está em considerar que apenas a norma inconstitucional poderia emprestar efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide. Deste equívoco, decorre a compreensão de que, reconhecida a inconstitucionalidade da norma, impor-se-ia o

desfazimento dos efeitos jurídicos atribuídos a estes atos e fatos, devendo-se recorrer a normas constitucionais para se assegurar a manutenção destes efeitos até a prolação da decisão de inconstitucionalidade.

O segundo equívoco está em se aferir a inconstitucionalidade da norma em relação a normas constitucionais isoladamente consideradas, de forma sucessiva. A adoção desse procedimento pode fazer com que se conclua que a norma é inconstitucional, por colidir com determinada norma constitucional, para se concluir, logo a seguir, que outra norma constitucional demanda a manutenção da norma, sob pena de se criar uma situação “ainda mais inconstitucional”.

Compreendendo-se adequadamente o fenômeno da inconstitucionalidade, percebe-se que, no primeiro caso, a norma inconstitucional, sendo ineficaz, jamais emprestou qualquer efeito jurídico aos atos e fatos ocorridos ou praticados sob sua égide. Isso, contudo, não impede que normas jurídicas hajam incidido sobre estes atos e fatos — em especial, aquelas normas que se afirma demandariam a manutenção dos efeitos da norma inconstitucional — e atribuído-lhes efeitos jurídicos, efeitos estes que, não estando vinculados à norma inconstitucional, não são afetados pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Por conseguinte, a inconstitucionalidade da norma priva os atos e fatos praticados e ocorridos sob sua égide apenas dos efeitos que lhe seriam atribuídos pela norma, caso fosse ela válida e houvesse incidido. Não os priva, entretanto, dos efeitos que lhes hajam sido atribuídos por normas jurídicas que sobre eles hajam efetivamente

incidido (efeitos estes que podem ser idênticos, semelhantes ou distintos daqueles que decorreriam da incidência da norma inconstitucional, se válida fosse).

Logo, os efeitos jurídicos dos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional são aqueles que lhes hajam sido atribuídos pelas normas jurídicas que hajam sobre eles efetivamente incidido. Não se trata, portanto, de “manter” os efeitos que haveriam sido atribuídos a estes atos e fatos pela norma inconstitucional, mas sim de se reconhecer que estes efeitos foram, desde sempre, consequência da incidência de normas jurídicas.

Assim, nesses casos, o reconhecimento dos efeitos jurídicos aos atos e fatos praticados e ocorridos sob a égide da norma inconstitucional não representa qualquer temperamento das consequências da inconstitucionalidade da norma, já que não se está mantendo os efeitos de uma norma inconstitucional, mas sim se reconhecendo efeitos que foram, desde o início, decorrentes da incidência de normas jurídicas, normas válidas, portanto.

No segundo caso, uma adequada compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade parte da aferição da inconstitucionalidade da norma não diante de cada norma constitucional, isolada e sucessivamente considerada, mas diante do conteúdo normativo da Constituição. Com efeito, dada a necessária unidade da Constituição, qualquer juízo de constitucionalidade deve ser proferido não diante de normas constitucionais individualmente consideradas, mas diante do conteúdo normativo da Constituição. Na formação do conteúdo normativo da Constituição, deve-se levar em conta todas as normas constitucionais que incidem no caso, identificando e

solucionando eventuais conflitos ou tensões que entre elas existam. Destaque-se que o momento em que se constrói o conteúdo normativo da Constituição deve ser, do ponto de vista lógico, anterior ao momento da aferição da constitucionalidade da norma.

Adotando-se esse procedimento, constata-se que, naqueles casos em que se afirma que a norma é inconstitucional, por contrariar determinada norma constitucional, sendo a manutenção de sua aplicação, no entanto, exigida por outra norma constitucional, cuja violação “agravaria o estado de inconstitucionalidade”, o que efetivamente está ocorrendo é uma tensão entre as duas normas constitucionais. Transferindo-se esta tensão para o momento da determinação do conteúdo normativo da Constituição, tem-se que, naqueles casos em que se mantém a aplicação da norma, o conteúdo normativo da Constituição é determinado pela norma constitucional que ampara a norma, que, nesse caso, prevalece sobre a norma constitucional que, isoladamente considerada, seria por ela contrariada¹¹²⁴.

Se o conteúdo normativo da Constituição é definido pela norma constitucional que demanda a manutenção da aplicação da norma, com a qual a norma se conforma, então não há porque se afirmar a inconstitucionalidade da norma.

Observe-se que a solução da tensão entre a norma constitucional contrariada pela norma e a norma constitucional que a ampara não é estática e pode se modificar diante da alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas — entre as quais o próprio

¹¹²⁴ Nesse ponto, pode-se concluir que a denominada “decisão de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade” não afirma, na verdade, a inconstitucionalidade da norma, mas apenas sua contrariedade a determinada norma constitucional isoladamente considerada — contrariedade ao princípio da isonomia, por exemplo —, contrariedade esta, no entanto, que não conduz a inconstitucionalidade da norma, quando, na definição do conteúdo normativo da Constituição, a norma constitucional

reconhecimento da contrariedade entre a norma e determinada norma constitucional —, de modo que a norma que, em determinado momento esteja em conformidade com o conteúdo normativo da Constituição, poderá não mais estar em um momento subsequente, quando, na formação deste conteúdo normativo, a norma constitucional por ela contrariada passar a prevalecer sobre a norma constitucional que demanda sua manutenção.

Enquanto o conteúdo normativo da Constituição continuar a ser determinado pela norma constitucional que ampara a manutenção da norma, no entanto, a norma é constitucional, inexistindo qualquer óbice a que se a aplique ou se lhe reconheça eficácia, na medida em que se trata de norma válida. Mais uma vez, não há aqui temperamento da concepção acerca das conseqüências da inconstitucionalidade da norma, pois se está reconhecendo a eficácia de uma norma válida, porque constitucional.

Prosseguindo, no que tange à inconstitucionalidade por omissão, verifica-se que há não inconstitucionalidade de norma, mas inconstitucionalidade da omissão. Nesse caso, não há que se falar em nulidade, pois, à mingua da existência de uma norma, não é possível proferir um juízo de validade. Assim, nos casos de inconstitucionalidade por omissão, há decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mas a inexistência da pronúncia de nulidade decorre das características da inconstitucionalidade por omissão, e não de um temperamento das conseqüências da inconstitucionalidade da norma.

contrariada cede sob o influxo da norma constitucional que milita a favor da manutenção da norma

A superação da inconstitucionalidade, nesses casos, deverá ser encontrada por meio de um dos mecanismos que a Constituição Federal de 1988 alcança ao Poder Judiciário para solucionar a inconstitucionalidade por omissão. A eficiência destes mecanismos para assegurar a efetividade da Constituição depende fundamentalmente na dimensão que se dê à separação dos poderes e ao conteúdo do denominado princípio democrático, que definirão os limites da atuação do Poder Judiciário na supressão da omissão.

No caso de inconstitucionalidade por omissão parcial, deve-se verificar se a ofensa à Constituição está na norma ou na omissão. Se a contrariedade à Constituição situar-se na norma, ela deverá ser superada, a partir dos mecanismos do controle de constitucionalidade por ação, aplicando-se os procedimentos acima referidos, para se aferir a constitucionalidade da norma e para se analisar os eventuais efeitos jurídicos dos atos e fatos praticados sob a égide da norma inconstitucional. Se a contrariedade à Constituição decorrer da omissão, dever-se-á recorrer aos mecanismos de controle de constitucionalidade por omissão, afastando-se de pronto, no entanto, qualquer juízo acerca de nulidade, pois a inconstitucionalidade não estará na norma, mas sim na lacuna, em relação à qual não é possível fazer um juízo de validade.

Vê-se, então, que o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de conhecer e valorar as razões de ordem prática ou fática e as perplexidades surgidas na prática jurisdicional do controle de constitucionalidade, bem como de solucioná-las, sem que para isso seja necessário contrariar conceitos basilares como o da supremacia e da

— o princípio da segurança jurídica, por exemplo.

rigidez da Constituição ou da coerência e unidade do ordenamento jurídico, impondo exceções ou temperamentos às conseqüências da inconstitucionalidade da norma.

E aqui vale observar que, se é mister reconhecer que as questões de ordem pragmática colocadas pelos que sustentam posições diversas da inapelável e absoluta invalidade, inexistência e ineficácia da norma inconstitucional não podem ser ignoradas, não é menos verdade que elas não poderiam conduzir, por si só às conseqüências jurídicas indicadas, com o reconhecimento da validade e da eficácia da norma inconstitucional. Não constitui boa prática abandonar regras norteadoras e estruturantes do ordenamento jurídico, como o são a supremacia e a rigidez da Constituição, em função de razões de fato, em nome de demandas circunstanciais.

Conclui-se, por fim, que a solução indicada neste trabalho conduz aos resultados admitidos como corretos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina, permitindo superar todas as perplexidades apontadas, sem, no entanto, colidir com elementos estruturantes do ordenamento jurídico construído sob a Constituição Federal de 1988, como a supremacia e a rigidez da Constituição e a coerência e unidade do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ABREU, João Leitão de. *A Validade da Ordem Jurídica*. Porto Alegre: Globo, 1964.

ALEXY, Robert. *Derecho y razon pratica*. México: Fontanamara, 1993.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA MELO, Carlos Antônio de. Algumas questões objetivas sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Revista Informativa Legislativa*, Brasília, v. 36, p. 111-120, abr./jun. 1999.

ALSTYNE, William W. Van. A critical guide to Marbury v. Madison. *Duke Law Journal*, n.1, p. 1-47, jan. 1969.

ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 127-34, jan./mar. 1996.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*. São Paulo: Dialética, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. COFINS e PIS: Inconstitucionalidade da modificação da base de cálculo e violação ao princípio da igualdade. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*. São Paulo, n. 14, p. 442-435, jul. 1999.

_____. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 05 nov. 2005.

_____. *Sistema Constitucional Tributário*: de acordo com a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 34-43, abr./jun. 1968.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1.

BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003.

BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Poder Executivo: lei inconstitucional: descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 181-182, p. 387-414, jul./dez. 1990.

_____. Regime constitucional do serviço postal: legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 222, p. 179-212, out./dez. 2000.

BARTOLE, Sergio. Principi Generali del Diritto. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1986. v. 35.

BASTOS, Celso Ribeiro. Controle de constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 67, p. 64-72, jul./set. 1983.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Perfil constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 22, p.78-106, out./dez. 1972.

BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 151-174, out./dez. 1999.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BLACK, Henry Campbell. *Handbook of American Constitutional Law*. 3. ed. Saint Paul: west Publishing Company, 1910.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis ; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, s.d.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei nº 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade: inaplicabilidade na fiscalização de normas de Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, p. 113-123. ago. 2000.

BUZUID, Alfredo Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 179, p. 14-37, set./out. 1958.

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

CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 05 nov. 2005.

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

CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 187, p. 18-22, jan./fev. 1960.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. int. e trad. de A Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, -.

_____. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CAPLAN, Russell L. Professor Dworkin's Jurisprudence. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 22, p. 118-159, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: LEJUS, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 335, p. 17-44, jul./dez. 1996.

_____. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____: declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 82, out./dez. 1965.

CHICOT COUNTY DRAINAGE DIST. v. BAXTER STATE BANK, 308 U.S. 371 (1940). Disponível em <<http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>> Acesso em: 19 set. 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. 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 a sua égide. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 17, p. 78-104, 1997.

CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1989.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Porto Alegre: Livraria Universal, 1909.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista do Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1984. t. 2.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Do cabimento da Ação Declaratória quando já constituído o crédito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 85, p. 62-69, out. 2002.

DELGADO, José Augusto. Ação Declaratória e Medida Cautelar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 73, n. 587, p. 273-276, set. 1984.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Leis Municipais e Seu Controle Constitucional pelo Tribunal de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DI RUFFÍA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 6. ed. Londres: Duckworth, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Tribunal constitucional e supremacia da Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, p. 5-8, jul./set. 1982.

_____. Controle de constitucionalidade na Europa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 5-9.

ESPOSITO, Carlo. Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 5, parte 1, p. 291-308, 1950.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FALCÃO, Djaci. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 201-8, jan./mar. 1989.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamento sobre o controle da constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34, p. 27-44, dez. 1990.

_____. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo : Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade: leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

FERREIRA, Luiz Pinto. A Corte Constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 83, p.29-52, jul./set. 1987.

_____. A Jurisdição Constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Princípio da supremacia da Constituição e controle

_____. *Princípios gerais de Direito Constitucional Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. 1.

da constitucionalidade das leis: função constitucional do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 4, n. 17, p. 17-32, jul./set. 1971.

FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. *Controle de Constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FRANCISCO, José Carlos. Natureza das normas e atos inconstitucionais. *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n.17, p. 632-629, set. 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei Ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 56, p. 19-24, maio 2000.

_____. Os efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade das Leis no prazo de decadência para a Ação de Repetição de Indébito Tributário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 10, n. 44, p. 83-88, maio/jun. 2002.

GABEL, Peter. Book review of taking rights seriously, by Ronald Dworkin. *Havard Law Review*, Cambridge, v. 91, p. 302-315, 1977-1978.

GALLOTTI, Maria Isabel. A Declaração de Inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 170, p. 18-40, out./dez. 1987.

GARCEZ, Martinho. *Nullidades dos Actos Jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910. v. 1.

GARCIA, Eusebio Gonzales. El Tribunal Constitucional Español: consideraciones de derecho comparado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 55-56, p. 46-53, jul./dez. 1980.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO, Marco Aurélio e PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da Lei Tributária: repetição de indébito*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Ação Rescisória e Divergência de interpretação em matéria constitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 8, p. 9-20, maio. 1996.

GUASTINI, Riccardo. Concetti e Criteri di Validità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Milano, v. 43, n. 4, p.867-878, dic. 1989.

_____. *Teoria e Dogmatica Delle Fonti*. Milano, Giuffrè, 1998.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Constituinte e Controle de Constitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, n. 79, p. 146-155, jul./set. 1986.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HAMILTON, Alexander; JAY, John, MADISON, James. *O Federalista: um comentário à Constituição americana*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. 2. ed. México: Editora Nacional, 1980.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JOBIM, Nelson A.; MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do judiciário: o Supremo Tribunal Federal na revisão constitucional de 1994: parte II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 141-160, out./dez. 1995.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. La garantie juridictionnelle de la Constitution. *Revue du Droit Public et de La Science Politique em France et a L'Étranger*, Paris, v. 35, n. 45, p.197-257, 1928.

_____. La giustizia costituzionale. Milão: Giuffrè, 1981.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 183-207, abr./jun. 1999.

_____. Funcionário Público - Aposentadoria - Lei Inconstitucional - Poder Executivo - O Poder Executivo não deve dar aplicação a leis inconstitucionais - interpretação da Lei nº 3.906, de 1961. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 81, p. 466-475, jul./set. 1965.

LINKLETTER v. WALKER, 381 U.S. 618 (1965). Disponível em <<http://www.findlaw.com/cascode/supreme.html>> Acesso em: 19 set. 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOPES, João Batista. O interesse de agir na Ação Declaratória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 688, p. 255-259, fev. 1993.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. Efeito retroativo da Declaração de Inconstitucionalidade. *Informativo Consulex*, Brasília, v. 19, n. 16, p. 430-429, abr. 1996.

_____. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 18, n. 123, p. 9-15, abr. 1994.

MANZATO, Maria Cristina Biazão. A Constituição como sistema de princípios e regras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 19, n. 52, p. 149-181, jul./set. 2005.

MARBURY v. MADISON, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em <<http://www.findlaw.com/cascode/supreme.html>> Acesso em: 19 set. 2002.

MARINHO, Josaphat. Perspectivas do controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 45-46, p.18-29, jan./jun. 1978.

MARINS, James. Ação Rescisória em matéria tributária diante de decisão sobre constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1997.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. O conflito de princípios constitucionais: breves pautas para sua solução. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. a. 3, n. 10, p. 40-5, jan./mar. 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 241-250, jan./mar. 2000.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, e Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, José Luiz Anhaia. *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição: as Côrtes Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Oswaldo A. B. de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar F. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 21-43, abr./jun. 1993.

_____. A eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle abstrato de normas. *Direito Administrativo Contabilidade e Administração Pública*, v.3, n.1, p.27-34, jan. 1999.

_____. Controle de constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 193, p. 13-32, jul./set. 1993.

_____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 766, p. 11-28, agos. 1999.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O Controle de constitucionalidade das leis na atualidade. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Tribunal constitucional Alemão - o apelo ao legislador - "Appellentscheidung" - na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Direito Público*, v. 25, n. 99, p. 32-53, jul./set. 1991.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Ensaio Sobre a História, as Possibilidades e os Limites de Uma Teoria das Invalidades dos Atos Jurídicos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 47-74, jan./jun. 1998.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t.2.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, L. C. de. Funcionário público: aposentadoria: lei inconstitucional – Poder Executivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 81, jul./set. 1965.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 79, n. 284, p.101-119, out./dez. 1983.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: Teixeira, Sálvio Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Controle de Constitucionalidade: uma abordagem jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Ação Rescisória em matéria tributária: a dimensão dos juízos rescindente e rescisório e o creditamento do IPI de insumos isentos, não tributados e tributados à alíquota zero. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, p. 117-183, set. 2005.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade : Conceitos, Sistemas e Efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

PIZZORUSSO, Alessandro. Gli effetti delle decisioni delle Corti costituzionali nei giudizi ordinari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, Milano, v. 1, n. 4, p. 90-924, 1947.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsari, 1960. t. 6.

_____. *Comentários à Constituição de 1967: arts. 34-112*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t.3.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 495*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. 4.

_____. Defesa, guarda e rigidez das Constituições. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 1-25, jul. 1946.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 2.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. v. 3.

_____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 4.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1.

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

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. ADIn e ADC: comentários sobre a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 60, p. 36-67, set. 2000.

REIS, Henoch. A Inconstitucionalidade de lei na doutrina brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 2, p. 41-43, out./dez. 1967.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. (Coleção Jurídica)

_____. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

RODRIGUES, Walter Piva. Ação rescisória diante de decisão sobre constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1997.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSENN, Keith. O controle da constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 1-30, jan./mar. 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SANCHES, Sydney. Aspectos processuais do controle de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 134-141, jul./set. 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. Eficácia do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 27-40, abr./jun. 1998.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição - verfassungskonforme auslegung - no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 19-34, jul./set. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 13-15, p. 105-71, dez. 1978/ dez. 1979.

_____. Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 60/61, p.495-524, jan./jul. 1985.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

_____. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

SILVA, Sérgio André R. G. da. Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das normas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, p. 150-67, ago. 2002.

SILVEIRA, José Neri. A dimensão política do Judiciário. *Arquivos do Ministério da Justiça, nova fase*, Brasília, v. 41, n. 173, p. 49-66, jul./set. 1988.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SOARES, Lucécia Martins. Poder Executivo e inconstitucionalidade de leis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 225-250, abr./jun. 2002.

STOVALL v. DENNO, 388 U.S. 293 (1967). Disponível em <
<http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>> Acesso em: .19 set. 2002.

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

TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 59, p. 339-50, jan./mar. 1960.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Do controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 28, p. 18-36, mar./abr. 1974.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, n.127, p. 9-53, set. 2005.

THEODÓSIO, Walter. Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei. *Justitia*, São Paulo, v. 44, n. 118, p. 97-125, set./out. 1982.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. v. 1.

VARGAS, Ângelo de Souza. O controle de constitucionalidade e suas implicações na repetição de indébito tributário. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, v. 13, n. 63, p. 100-125, jul./ago. 2005.

_____. Coisa julgada inconstitucional e a aplicabilidade da ação rescisória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 197-226, jul./set. 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 92, p. 43-54, out./dez. 1989.

_____. *Temas de Direito Público*. Del Rey: Belo Horizonte, 1997.

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

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das liminares nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 98, p. 275-294, abr./jun. 2000.

_____. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 531-8 – DF*. Tribunal Pleno. Reqte: Partido Democrático Trabalhista. Reqdo: Presidente da República e outros. Relator: Min. Célio Borja. Julgamento: 14 de junho de 1991. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 25 mar. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 107-3 – DF*. Reqte.: José Emídio Teixeira Lima. Reqdo.: Presidente da República. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 23 de novembro de 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 21 set. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 14.557 – SP*. Tribunal Pleno. Recte: Maria Luiza Medaglini e outros. Recdo: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Cândido Motta. Julgamento: 17 de maio de 1965. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 23 jun. 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 7.275 – CE*. Tribunal Pleno. Recte: Celso Barreira Filho. Recdo: Governador do Estado do Ceará. Relator: Min. Cândido Motta. Julgamento: 10 de agosto de 1960. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 26 out. 1960.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 14.621 – SP*. Primeira Turma. Recte: Emile Zola Pereira Mendes e outros. Recdo: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Candido Mota. Julgamento: 15 de março de 1966. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 18 maio 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.101 - PB*. Tribunal Pleno. Recte: Algodoeira Nóbrega S/A. Recdo: Estado da Paraíba. Relator: Min. Luis Gallotti. Julgamento: 29 de abril de 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federa. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 10.140 - SC*. Tribunal Pleno. Recte: Nilo de Freitas. Recdo: Governador do Estado. Relator: Min. Pedro Chaves. Julgamento: 14 de novembro de 1962. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 20 mar. 1963.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2.497 – SP*. Tribunal Pleno. Recte: Armando de Arruda Câmara e outros. Recdo: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Nelson Hungria. Julgamento: 02 de agosto de 1954. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 28 out. 1954.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.662-3 – DF*. Primeira Turma. Recte: Slavador Joaquim Guedes. Recdo: Prefeitura do Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Gallotti. Julgamento: 02 de setembro de 1953. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 23 ago. 1954.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.662-3 – DF*. Primeira Turma. Recte: Altair Torres e outros. Recdo: Ministro da Aeronáutica. Relator: Min. Celso de Melo. Julgamento: 05 de abril de 1994. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 20 maio 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.307-7 – DF*. Plenário. Recte: Janete Balzani Marques e outros. Recdo: União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 19 de fevereiro de 1997. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 13 jun. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 1.418-5 – RS*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 24 de fevereiro de 1988. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 25 mar. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 933 – RJ*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Thompson Flores. Julgamento: 11 de dezembro de 1975. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 26 dez. 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 980 – SP*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 21 de novembro 1979. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 19 set. 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 737-8 – DF*. Tribunal Pleno. Repte: Partido Democrático Trabalhista. Reqdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 16 de setembro de 1993. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 22 out. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 709-2 – PR*. Tribunal Pleno. Repte: Governador do Estado do Paraná. Reqdo: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Min. Paulo Brossard. Julgamento: 07 de outubro de 1992. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 jun. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 293-7 – DF*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral da República. Reqdo: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 06 de maio de 1993. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 jun. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.254-1 – RJ*. Tribunal Pleno. Repte: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Reqdo: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 09 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 mar. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.574-1 – PA*. Tribunal Pleno. Recte: Governador do Estado do Amapá. Recdo: Assembléia Legislativa do Amapá. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 02 de outubro de 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 29 ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 513-8 – DF*. Tribunal Pleno. Recte: Partido Democrático Trabalhista. Recdo: Presidente da República e outros. Relator: Min. Célio Borja. Julgamento: 14 de junho de 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 out. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.102-2 – DF*. Tribunal Pleno. Recte: Confederação Nacional das Indústrias. Recdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 05 de outubro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 nov. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2-1 – DF*. Tribunal Pleno. Recte: Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Recdo: Presidente da República. Relator: Min. Paulo Brossard. Julgamento: 06 de fevereiro de 1992. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 21 nov. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 529-4 – DF*. Recte: Partido dos Trabalhadores. Recdo: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 19 de junho de 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária n. 19-1 – MT*. Primeira Turma. Autor: Teresino Alves Ferraz e outro. Réu: Presidente da Assembléia Legislativa do Mato Grosso. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento: 06 de outubro de 1998. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 abr. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário n. 394.010 - 4 – RS*. Segunda Turma. Agte: Município de Porto Alegre. Agdo: Luis Maximiliano Telesca. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 05 de outubro de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 28 out. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emb. de Dec. no Recurso Extraordinário n. 168.554-2 – RJ*. Segunda Turma. Embte: Maxivendas S.A. Embdo: União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 08 de setembro de 1994. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 09 jun. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emb. Dec. na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 483-2 – PR*. Tribunal Pleno. Embte: Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Embdo: Governador do Estado do Paraná. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 22 de agosto de 2001. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 05 out. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emb. Decl. na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.498-6 - RS*. Tribunal Pleno. Embte: Maria do Carmo Tremarim e outros. Embdo: Procurador-Geral da República e outros. Relator: Ministro Presidente. Julgamento: 10 de abril de 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 05 dez. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 70.514-6 – RS*. Tribunal Pleno. Impte: Edson Brozoza. Coator: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento: 23 de março de 1994. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 jun. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 77.734-9 - SC*. Tribunal Pleno. Ipte: Jorge Ricardo Silva. Coator: Tribunal Regional Federal de 4ª Região. Relator: Néri da Silveira. Julgamento: 04 de novembro de 1998. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 10 ago. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 687-4 - SP*. Tribunal Pleno. Indo: Jabes Pinto Rabelo. Autor: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento: 25 de outubro de 1999. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 09 nov. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 15.886 – DF*. Tribunal Pleno. Reqte: Fernando Lins Vidal e outros. Reqdo: Presidente da República. Relator: Min. Victor Nunes. Julgamento: 26 de maio de 1966. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 jun. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 16.003 – DF*. Tribunal Pleno. Reqte: Hildebrando de Araújo Goes e outros. Reqdo: Presidente da República. Relator: Min. Prado Kelly. Julgamento: 30 de novembro de 1966. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 20 out. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.399 - DF*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Jose Paulo Pinto Filho. Coator: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Soares Munoz. Julgamento: 15 dezembro de 1983. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 10 fev. 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.434-0 – SP*. Tribunal Pleno. Reqte: Governador do Estado de São Paulo. Reqdo: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29 de outubro de 1996. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 22 nov. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 526-0 - DF*. Tribunal Pleno. Reqte: FENASTRA. Reqdo: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 12 de dezembro de 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 05 mar. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Cautelar n. 189-7 - SP*. Tribunal Pleno. Recte: Rudney Fracaro e outros. Recco: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Menders. Julgamento: 09 de junho de 2004. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 27 ago. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.203-7 –PI*. Tribunal Pleno. Reqte: Procurador Geral de República. Reqdo: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 19 de abril de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 19 maio 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade 652-5 – MA*. Tribunal Pleno. Reqte: Procurador-Geral da República. Reqdo: Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 02 de abril de 1992. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 02 abr. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 148-2 - RS*. Tribunal Pleno. Recte: Banco CREFISUL de Investimento S.A . Recdo: Juiz Presidente da 7ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre e outro. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 12 de maio de 1983. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 17 jun. 1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Criminal n. 994 – DF*. Tribunal Pleno. Reqte: Luis Carlos Prestes e outros. Reqdo: Justiça Pública. Relator: Min. Rocha Lagoa. Julgamento: 13 de novembro de 1953. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 23 abr. 1954.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n. 7.243 – CE*. Segunda Turma. Reqte: Agapito dos Santos Sátiro. Reqdo: Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Luiz Gallotti. Julgamento: 20 de janeiro de 1960. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 jan. 1960.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 103.619 – RJ*. Tribunal Pleno. Recte: Oswaldo Damásio Ribeiro e outros. Recdo: COMLURB. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 04 de setembro de 1980. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 10 out. 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 107.869-3 – SP*. Tribunal Pleno. Recte: BAMÉRCIO S/A Arrendamento Mercantil. Recdo: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Celio Borja. Julgamento: 23 de agosto de 1989. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 21 ago. 1992;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 121.501 – MG*. Segunda Turma. Recte: IAPAS. Recdo: Francisco Hugo Badaro. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 03 de março de 1995. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 20 out. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 122.202-6 – MG*. Segunda Turma. Recte: Estado de Minas Gerais. Recdo: Emerson Tardieu de Aguiar Pereira e outros. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento: 10 de agosto de 1993. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 08 abr. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 135.328-7 – SP*. Tribunal Pleno. Recte: Estado de São Paulo. Recdo: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 29 de junho de 1994. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 20 abr. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 136.215 – RJ*. Primeira Turma. Recte: Altam Fornecedora do Com. e Ind. S/A e outros. Recdo: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento: 18 de fevereiro de 1993. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 abr. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 147.776-8 – SP*. Primeira Turma. Recte: Estado de São Paulo. Recdo: Geralda Cardoso de Paula. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 19 de maio de 1998. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 19 jun. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 187.436-8 – RS*. Plenário. Recte: Mercúrio S/A Transportes Internacionais. Recdo: União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 25 de junho de 1997. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 31 out. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 197.917-8 – SP*. Tribunal Pleno. Recte: Ministério Público Estadual. Recdo: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 06 de junho de 2002. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 07 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 300.343-7 – SP*. Tribunal Pleno. Recte: Ministério Público Estadual. Recdo: Câmara Municipal de Porto Ferreira e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 31 de março de 2004. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 11 jun. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 33.146 - PR*. Segunda Turma. Recte: Cia Swift do Brasil. Recdo: Estado do Paraná. Relator: Min. Afrânio Antonio da Costa. Julgamento: 28 de jan. 1958.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 346.084-6 – PR*. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/processos>> Acesso em 21/01/2006. Voto do Min. Cezar Peluzo.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 35.370 – PR*. Segunda Turma. Recte: Pinho Guimarães S.A. Recdo: Estado do Paraná. Relator: Min. Henrique D'ávila. Julgamento: 15 de janeiro de 1960. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 07 ago. 1961.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 390.840 – MG*. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/processos>> Acesso em 21/01/2006. Voto do Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 48.655 – RN*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Gallotti. Julgamento: 15 de julho de 1964. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 jun. 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 55.718 – SP*. Tribunal Pleno. Recte : Estado de São Paulo. Recdo: Ângelo Zanini e outros. Relator: Min. Hermes Lima. Julgamento: 26 de novembro de 1964. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 24 mar. 1965;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 57.310 – PB*. Segunda Turma. Recte: Estado da Paraíba. Recdo: S.A. Usina Santa Rita. Relator: Min. Antonio Villas Boas. Julgamento: 09 de outubro de 1964. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 12 nov. 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 58.202* – RN. Tribunal Pleno. Recte: Estado do Rio Grande do Norte. Recdo: Olavo Feliciano de Araujo e outro. Relator: Min. Luis Gallotti. Julgamento: 01 de setembro de 1967. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 20 out. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 61.410* – RN. Segunda Turma. Recte: Estado do Rio Grande do Norte. Recdo: Artur Eduardo Freire: Min. Themistocles Cavalcanti. Julgamento: 23 de abril de 1968. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 28 jun. 1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 78.533-7* –SP. Segunda Turma. Recte: Fundação Modelação Ivaí Ltda. Recdo: Estado de São Paulo. Relator: Min. Firmino Paz. Julgamento: 13 de novembro de 1981. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 26 fev. 1982.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 78.594* – SP. Segunda Turma. Recte : João Duarte & Cia. Ltda. Recdo: Estado de São Paulo. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento: 07 de junho de 1974. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 04 nov. 1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 79.343* – BA. Tribunal Pleno. Recte: José Pereira Cesar. Recdo: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Min. Leitão de Abreu. Julgamento: 31 de maio de 1977. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 02 set. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 81.649* – SP. Segunda Turma. Recte: Cia Leco de Produtos Alimentícios. Recdo: Estado de São Paulo. Relator: Min. Thompson Flores. Julgamento: 12 de agosto de 1975. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 12 set. 1975.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 84.230* – PR. Segunda Turma. Recte: Livia Moreira Martin Recdo: Estado do Paraná. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Julgamento: 15 de junho de 1976. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 01 out. 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 85.179* – RJ. Primeira Turma. Recte: Estado do Rio de Janeiro. Recdo: Lindalva Medeiros de Garrido e outros. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento: 04 de novembro de 1977. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 02 dez. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 85.940* – MG. Primeira Turma. Recte: Prefeitura Municipal de Belo Horizonte. Recdo: Câmara Municipal de Belo Horizonte: Min. Cunha Peixoto. Julgamento: 16 de dezembro de 1976. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 01 abr. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 86.056* – SP. Primeira Turma. Recte: Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Unversidade de São Paulo. Recdo: Concepta Josefina Charlanti e outros. Relator: Min. Rodrigues Alckmin. Julgamento: 31 de maio de 1977. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 01 jul. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 89.108-1* – GO. Tribunal Pleno. Recte: Darcy Rodrigues Carrijo. Recdo: Estado de Goiás e outros.

Relator: Min. Cunha Peixoto. Julgamento: 28 de agosto de 1980. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 19 dez. 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 93.173 – São Paulo*. Segunda Turma. Recte: Estado de São Paulo. Recdo: Maria Lúcia de Almeida e outros. Relator: Min. Firmino Paz. Julgamento: 15 de junho de 1982. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 19 dez. 1980;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 95.356-5 – MT*. Tribunal Pleno. Recte: Darcy Rodrigues Carrijo. Recdo: Estado de Goiás e outros. Relator: Min. Cunha Peixoto. Julgamento: 28 de agosto de 1980. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 19 dez. 1980

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.49.735 – RN*. Segunda Turma. Recte: Estado do Rio Grande do Norte. Recdo: Edgard Martins de Paiva. Relator: Min. Pedro Chaves. Julgamento: 19 de abril 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 357.950-9 – RS*. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/processos>> Acesso em 21/01/2006. Voto do Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 1.013 – RJ*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa do Estado. Relator: Min. Soares Munoz. Julgamento: 28 de maio de 1980. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 26 jun. 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 1.016 – SP*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa e Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 20 de setembro de 1979. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 26 out. 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 322 – GO*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa de Goiás. Relator: Min. Candido Motta. Julgamento: 19 de setembro de 1957. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 12 dez. 1957.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 709 – GO*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa do Estado. Relator: Min. Adalicio Nogueira. Julgamento: 13 de abril de 1967. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 15 jun. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 752 – GO*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa do Estado de Goiás. Relator: Min. Eloy da Rocha. Julgamento: 14 de outubro de 1970. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 18 dez. 1970

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 797 – GB*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa do Estado da Guanabara. Relator: Min. Luiz Gallotti. Julgamento: 04 de junho de 1970. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 04 set. 1970.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 876 – BA*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento: 05 de abril de 1973. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 15 jun. 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 911 – RJ*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa do Estado. Relator: Min. Antônio Neder. Julgamento: 20 de maio de 1981. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 09 out. 1981

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 930 – DF*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Julgamento: 05 de maio de 1976. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 02 set. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 971 – RJ*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Assembléia Legislativa do Estado. Relator: Min. Djaci Falcão. Julgamento: 03 de novembro de 1977. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 07 nov. 1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 974 – RJ*. Tribunal Pleno. Repte: Procurador Geral de República. Repdo: Governador do Estado. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Julgamento: 01 de setembro de 1977. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 30 set. 1977.