



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UNICEUB)
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO (ICPD)
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

ANDALESSIA LANA BORGES

OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: A
RELEVÂNCIA DA MITIGAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE ABSOLUTA E A
PERTINÊNCIA DO ARTIGO 27 DA LEI 9868/99

Brasília
2004

ANDALESSIA LANA BORGES

OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: A
RELEVÂNCIA DA MITIGAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE ABSOLUTA E A
PERTINÊNCIA DO ARTIGO 27 DA LEI 9868/99

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UNICEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Latu Sensu* em Direito Processual
Civil.

Orientação: Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Brasília

2004

À minha amada Mãe... que me
incentiva de modo incondicional com
sua paciência e carinho.
Às minhas afilhadas Bianca e Rafaela.

BORGES, ANDALESSIA LANA. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: A MITIGAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE ABSOLUTA E A PERTINÊNCIA DO ARTIGO 27 DA LEI 9868/99. MONOGRAFIA APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CENTRO DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA.

RESUMO

Objetiva a análise dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade das leis no Brasil. Para a elaboração dos estudos foram apreciadas tanto a evolução da jurisdição constitucional pátria, quanto a influência exercida pelo Direito norte-americano na consideração dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal que afirma a inconstitucionalidade. Aponta a necessidade de manutenção das relações jurídicas constituídas durante o período de vigência da norma posteriormente considerada divergente da Lei Maior, posto que há previsão no sistema legal brasileiro do princípio da segurança jurídica. Busca demonstrar a necessidade da mitigação do dogma da nulidade absoluta das normas ditas inconstitucionais e que a invalidade dos preceitos é imprescindível, entretanto a extirpação de todos os efeitos dessa norma não é instrumento único de manutenção e resguardo dos ditames constitucionais. Destaca que a relativização da nulidade absoluta foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 27 da Lei 9868 de novembro de 1999, que dispôs expressamente acerca da manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Conclui que a nulidade não é consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade e que o texto da Constituição não indica a sanção a ser aplicada à norma avaliada como inconstitucional pelo órgão competente. Sendo assim, a preservação da segurança jurídica tornou-se indispensável ao alcance do escopo primeiro do Direito: a pacificação social.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	BREVE ANÁLISE DO CONTROLE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO	10
2.1	Comentários acerca da evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras	10
2.2	O sistema norte-americano	13
2.3	O sistema austríaco	16
3	CONSTITUCIONALIDADE	19
3.1	Conceito de Constitucionalidade	19
4	O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	25
4.1	Princípio da irretroatividade das normas	25
4.2	Necessidade de estabilidade das relações jurídicas	28
5.	O DOGMA DA NULIDADE	37
5.1	Breves considerações	37
5.2	Nulidade como sanção	40
5.3	Mitigação do dogma da nulidade absoluta das normativas declaradas inconstitucionais	46

6	EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL	52
6.1	Considerações preliminares	52
6.2	A técnica da decisão de apelo ao legislador	58
6.3	Pertinência do artigo 27 da Lei 9868 e as ADIN's n°s 2258 e 2154	60
7	CONCLUSÃO	71
8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

1 – INTRODUÇÃO

Desde novembro de 1999, o procedimento aplicável à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade vem sendo ditado pelas normas insertas na Lei 9868, que disciplinou o julgamento de tais ações, perante o Supremo Tribunal Federal. E, indubitavelmente, uma das grandes polêmicas criadas em torno da declaração de inconstitucionalidade consubstancia-se na possibilidade ou não de serem limitados os efeitos do pronunciamento que afirma estar em divergência com a Constituição Federal determinada norma.

Além da problemática relacionada à retroação dos efeitos da decisão que define a inconstitucionalidade de uma lei, discute-se, incansavelmente, sobre qual seria a natureza jurídica do ato dito inconstitucional: inexistente, nulo ou, ainda, anulável. E sobre a questão, não há consenso entre os juristas, sejam eles nacionais ou estrangeiros¹, acerca, tanto dos efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade, quanto da natureza jurídica do ato normativo que recebeu o rótulo de inconstitucional. Para Alfredo Buzaid, em razão do princípio da supremacia da Constituição a norma que contraria os ditames contidos na Lei Maior é absolutamente nula. Segundo o autor:

“Se toda a doutrina da inconstitucionalidade se funda na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução adotada se baseia no princípio da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial, equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição”².

Outro não é o entendimento alcançado por Ruy Barbosa, tendo por fundamento os procedimentos adotados pelo Judiciário norte-americano, que afirmava ser essencialmente nula a norma legislativa ou executiva que divergisse

¹ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p. 114.

² BUZOID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1958. p. 130.

dos preceitos constitucionais. Existem, ainda, os que sustentam ser inexistente a lei que desrespeita a Constituição³. E, não obstante não perfilam a corrente majoritária, há autores que não equiparam a inconstitucionalidade à nulidade⁴. E, embora a questão seja complexa, não é totalmente nova, o Ministro Leitão de Abreu, em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343/BA, já havia se pronunciado sobre a mencionada controvérsia, asseverando ser anulável a lei inconstitucional: “Razoável é a inteligência, a meu ver, de que a se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade”.⁵

E forçoso que se admita: a norma regularmente elaborada, cujos trâmites legislativos foram obedecidos de modo amplo, ou seja, que em mais de uma vez “driblou” a possibilidade de ser rotulada de inconstitucional, haja vista a necessidade da análise realizada pelas Comissões de Constituição e Justiça e, ainda, a “sobrevivência” ao veto Presidencial, ganha, no sistema jurídico brasileiro, presunção de constitucionalidade⁶. Não pode ser dito simplesmente que ela é inexistente⁷. Há de ser admitida a aparência de validade e constitucionalidade em favor das leis e atos normativos do Poder Público, que só serão tidos por desconstituídos quando incidirem os mecanismos de controle constitucional estatuídos na Carta Magna.⁸

Há, todavia, outros constitucionalistas que não associam, de forma incondicional, a retroatividade *ex tunc*, ou seja, a nulidade absoluta, à declaração de inconstitucionalidade. Entendem ser plenamente possível, diante de circunstâncias

³ CAMPOS, Francisco, APUD, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p.p. 54/55.

⁴ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968. p.p 140 e 141.

⁵ Ministro LEITÃO DE ABREU, Relator do RE nº 79.343 – Bahia de 31.05.1977.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 261: “Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas”.

⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968. p. 133: “Tem lugar a *inexistência* da lei quando na sua elaboração não forem obedecidas ou observadas as formalidades constitucionais prescritas para o processo legislativo.”

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 55.

específicas, que o Supremo Tribunal Federal, em votação de *quorum* qualificado, perseguindo a manutenção da segurança jurídica e o bem estar público, proceda à declaração de nulidade, sem, no entanto, pronunciar a retroatividade até a data da publicação da lei “inconstitucional”. Consoante assevera Lúcio Bittencourt, inexistente fundamentação técnica-jurídica que justifique a nulidade irrestrita da norma declarada inconstitucional⁹.

A presente monografia tem por escopo ressaltar a importância da mitigação do dogma da nulidade absoluta das decisões de inconstitucionalidade das leis no Brasil. Objetiva, ainda, demonstrar que a nulidade da norma não pode ser vista como consequência necessária da declaração de inconstitucionalidade e que tal entendimento já vem sendo adotado por diversos países. Não há a pretensão de esgotar tais problemáticas, mas a finalidade resume-se, tão-somente, a traçar comentários acerca dos efeitos da decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal que reconhece a desconformidade de uma norma com a Constituição, fazendo uso das palavras lançadas pelos doutrinadores brasileiros, bem como de algumas idéias encontradas no Direito Comparado.

O controle de constitucionalidade brasileiro tem passado por intensas transformações desde a Constituição de 1988. Entre tais modificações, uma é sobremaneira significativa e deve ser trabalhada nesta dissertação – o artigo 27 da Lei 9868 de 10 de novembro de 1999. Está disposta, no preceito legal citado, a possibilidade de serem limitados no tempo, pelo Supremo Tribunal Federal, diante da maioria de dois terços de seus membros, os efeitos da decisão que declara, em controle abstrato de normas, a inconstitucionalidade. A referida norma, que teve como fonte inspiradora o artigo 282. n° 4, da Constituição lusa¹⁰, positivou nova modalidade de decisão no direito brasileiro, nada mais, nada menos, do que a mitigação do dogma da nulidade absoluta, tendo em conta motivações de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968. p.p. 140 e 141.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002. p. 435.

Entretanto, tramitam na Suprema Corte brasileira, duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN 2154 e ADIN 2258) com as quais se espera a declaração de inconstitucionalidade, dentre outros, do mencionado artigo 27 da Lei 9868/99. Pretende-se também, neste trabalho, lançar argumentos, ainda que não suficientemente aprofundados, mas que sejam hábeis a demonstrar a aparente improcedência das referidas ações diretas. O dogma da nulidade absoluta tornou-se regra no controle de constitucionalidade pátrio, uma vez que este deriva diretamente do sistema norte-americano, que impõe o dogma como consequência do Princípio da Supremacia da Constituição.

Contudo, as situações fáticas originadas da vigência temporária da norma, posteriormente declarada inconstitucional, muitas vezes impõem a sua relativização. Relativização que estará baseada no resultado dos conflitos travados entre o princípio da nulidade e outros que poderão impor a limitação da retroatividade da decisão. Da ponderação entre tais princípios pode não ser prevalente o da nulidade. Nesta dissertação não há o objetivo de abordar de forma total e satisfatória a questão, mas apenas o intento de dar destaque à necessidade de se refletir mais sobre a restrição dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma no Brasil.

2 - BREVE ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

2.1 - Comentários acerca da evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil reúne o controle concentrado (via de ação direta) ao controle difuso (via de ação de defesa). Com o advento da Constituição de 1988, conservou-se o modelo misto, uma vez que a Carta assegurou a manutenção do controle difuso, inspirado na jurisdição constitucional norte-americana, que figuraria ao lado do controle abstrato ou concentrado, influenciado pela doutrina e legislação austríaca¹¹. Além disso, a nova ordem constitucional pátria ampliou a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade¹², antiga representação interventiva, outrora restrita ao Procurador-Geral da República.

Não há que se falar no problema da inconstitucionalidade no Brasil-colônia logicamente. E a Constituição de 1824 não reconheceu ao Poder Judiciário a faculdade de recusar cumprimento aos atos emanados do Parlamento, uma vez que a Lei Maior do Império refletia o sistema constitucionalista francês, segundo o qual não se podia admitir que um dos Poderes se sobrepusesse a um outro. Ressalte-se que a Constituição de 1824 atribuía ao Legislativo a função de proteger os preceitos constitucionais¹³. O controle da constitucionalidade das leis foi transferido ao Poder

¹¹ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p. 113: “É indubitável a grande influência do direito constitucional norte-americano sobre os sistemas de controle adotados na América Latina, especialmente no Brasil. A Constituição Federal brasileira de 1988 instituiu um método misto de controle de constitucionalidade, consagrando os dois métodos. Ampliou-se, desse modo, o modelo de controle abstrato, adotado na Europa, instituindo a via de ação direta, permanecendo inalterado o tradicional sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis.”

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 90.

¹³ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 72.

Judiciário com a adoção do regime republicano. Profundas modificações, baseadas no sistema norte-americano, foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Carta de 1891¹⁴.

A Constituição de 1934 imprimiu progresso ao controle da constitucionalidade das normas brasileiras. Manteve disposições da Constituição anterior e ainda trouxe inovadora alteração que se referia à declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República¹⁵. “Finalmente, afigura-se relevante observar que, na Constituição de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco”¹⁶.

As vicissitudes políticas advindas do golpe de 1937 implicaram o retrocesso concernente ao sistema de fiscalização de constitucionalidade¹⁷. Foi instituído que a norma declarada inconstitucional poderia, a critério do Presidente da República, ser novamente submetida ao Parlamento. “Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.”¹⁸ No mencionado texto constitucional, o instituto do mandado de segurança, que havia sido previsto na Constituição anterior, perdeu a qualidade de garantia constitucional e passou a ser regulamentado pela legislação ordinária¹⁹.

A Carta de 1946 revitalizou alguns princípios contidos na Constituição de 1934, entretanto introduziu mudanças. Segundo Regina Maria Ferrari: “Manteve o controle por via de exceção, regulando no art. 101, III, alíneas *b* e *c*, os casos de recurso extraordinário”.²⁰ Atribuiu exclusivamente ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção federal, caso fossem infringidos os princípios indicados em seu artigo 7º. Assim

¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.p 72 e 73.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 234.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 236.

¹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 75.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 236.

¹⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 76.

²⁰ Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

sendo, a intervenção federal ficava subordinada à prévia declaração de inconstitucionalidade do ato pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 8º).²¹

Cabe ressaltar que a via da ação direta de inconstitucionalidade fora inaugurada entre nós por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Tal emenda alterou o conteúdo do art. 101, I, alínea *k*, da Constituição de 1964, substituindo-o pelo seguinte texto: “compete ao Supremo Tribunal Federal *julgar e processar originariamente* a representação contra inconstitucionalidade, quando de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”²². Segundo registrado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a Emenda nº. 16 instituiu, ao lado da representação interventiva, o controle abstrato de normas estaduais e federais.²³

A Carta de 1967 recepcionou a citada Emenda Constitucional nº. 16/65, trazendo, ademais, outras inovações, que não atingiram diretamente o sistema de controle de constitucionalidade. Houve a manutenção do controle difuso, assim como da representação interventiva. Ocorreu em 1969 a inserção no ordenamento nacional da possibilidade de controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município²⁴. Também se tornou possível, com o advento da Emenda Constitucional nº 7 de 1977, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República²⁵.

A Constituição de 1988 introduziu duas grandes novidades: previu a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e ampliou consideravelmente a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 239.

²² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

²³ Op. cit. p.p. 245 e 246.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. 1998. p.p. 249 e 250.

²⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p.p. 78 e 79.

omissão (art. 103, incisos I a IX) ²⁶. Ademais disso, o texto da Carta Magna de 1988 conservou o controle de constitucionalidade misto, consagrando as bases dos sistemas: norte-americano (controle difuso) e austríaco (controle concentrado). Tendo em vista que o controle constitucional brasileiro deriva de outros modelos, vislumbra-se ser oportuno que nesse trabalho sejam pincelados alguns pontos acerca do controle constitucional no Direito Comparado. Afasta-se, desde já, qualquer pretensão acerca do esgotamento do tema. A finalidade restringe-se a lançar comentários sobre os sistemas de controle constitucional vigentes nos ordenamentos jurídico norte-americano e austríaco, modelos de inspiração do controle de constitucionalidade nacional.

2.2 – O sistema norte-americano

Merece destaque o estudo, ainda que breve, do direito constitucional norte-americano, sobretudo no que tange a sua jurisdição constitucional que indubitavelmente influenciou de forma contundente os sistemas de controle adotados na América Latina, especialmente no Brasil²⁷. Sabe-se que nos Estados Unidos vigora com supremacia um complexo controle difuso, ou seja, qualquer órgão que compõem o Poder Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade, diante da provocação instaurada pelo caso concreto²⁸. Consoante afirma Myrian Passos, os magistrados norte-americanos, em não raras vezes, atuam, inclusive, como legisladores.²⁹

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 53.

²⁷ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999, p. 113.

²⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 55: “O *controle jurisdicional*, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declara a inconstitucionalidade de lei e outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.”

²⁹ SANTIAGO, Myrian Passos. Op. cit. p. 112: “Os Estados Unidos adotam um amplo e complexo sistema difuso de controle de constitucionalidade de leis, compreendido este, como vimos a competência de qualquer órgão do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Agem muitas vezes como contra legislador ou legislador negativo. Dizem o direito e dão o direito”

Interessante se faz destacar que a jurisdição de constitucional difusa resulta em um controle recessivo e exercitável, sem limitação temporal. “Toda vez que a norma em questão deva ser aplicada pelo magistrado, o controle é por ele exercido.”³⁰ A declaração de inconstitucionalidade, nesta hipótese, produzirá efeitos restritos ao caso decidido. Ao comentar o sistema estadunidense de fiscalização de constitucionalidade, assevera Clèmerson Clève: “Os Estados Unidos incorporaram a doutrina, desenvolvida por Sir Edward Coke, que atribuía aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis, negando, se fosse o caso, aplicação àquelas que ferissem a *common law*.”³¹ Prossegue o autor, afirmando que esse raciocínio foi transmutado para o campo constitucional.

Ressalte-se que mesmo sendo a Constituição norte-americana a mesma de 1787 e que nesse modelo o controle possa ser praticado, no curso de uma demanda, pelos juízes de forma ampla, a Suprema Corte desempenha papel importantíssimo na fiscalização constitucional, posto que, em virtude do princípio do *stare decisis* – eficácia vinculante de suas decisões – pronuncia a última e definitiva palavra acerca das questões constitucionais³². A decisão prolatada pela Corte Constitucional terá, assim como no Brasil, eficácia *erga omnes*.³³ E, segundo Ronaldo Poletti, a história da Suprema Corte norte-americana confunde-se com a história do controle de constitucionalidade das leis³⁴.

Embora a tradição norte-americana seja a de considerar nula a norma declarada inconstitucional, faz-se imprescindível seja acentuada a relativização do dogma da nulidade que vem sendo imposta pelas questões concretas levadas ao crivo da jurisdição constitucional estadunidense. A nulidade deixa, aos poucos, de ser enxergada como conseqüência lógica e direta da inconstitucionalidade mesmo no sistema que a consagrou de forma absoluta. Foi noticiado pelo então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, no parecer

³⁰ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 61.

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.p. 63 e 64.

³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 63.

³³ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 61.

³⁴ Op. cit. p. 42.

exarado na ADIN 2154, em 10 de dezembro de 2001, que já houve oportunidade em que a Suprema Corte norte-americana pronunciou a inconstitucionalidade de uma norma, determinando, entretanto, que os efeitos da decisão projetassem-se, tão-somente, no futuro – efeitos prospectivos:

“Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – modelo originário do nosso sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade tem, desde há muito, modificado sua jurisprudência iniciada ainda no Século XIX (*Marbury v. Madison* 1803). É que, a despeito das diferenças dos sistemas de controle difuso e concentrado (e a convivência de ambos no sistema brasileiro), quanto aos efeitos da declaração de constitucionalidade há nos dois sistemas a preocupação com as conseqüências das decisões que invalidam normas jurídicas. É preciso lembrar que há no modelo norte-americano a doutrina do ‘*stare decisis*’ que confere às decisões da Suprema Corte caráter ‘*erga omnes*’ e efeito vinculante, apesar de serem as decisões proferidas case by case. **Há muitas decisões da Suprema Corte Norte-Americana que estabelecem apenas ‘*prospectives effects*’ (efeitos prospectivos) às declarações de inconstitucionalidade, considerando as circunstâncias do caso**, que, no entanto, valem como precedentes vinculantes. As decisões são não apenas para o caso, mas para o futuro, como princípios ou políticas (vide, e.g., RONALD DWORKIN, *Taking Rigts Seriously*, *Havard University Press, Cambridge, 1978*; e LAURENCE H. TRIBE, *Constitutional Choices*, *Harvad University Press, Cambridge and London, 1985*).”³⁵ (sem grifo no original)

E pode-se afirmar que tal fenômeno, diga-se a mudança de entendimento relativo aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, decorre de um processo político-social, como posteriormente será abordado neste trabalho, relativo à questão do conceito de constitucionalidade. Consoante sustenta o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, voto-vista Medida Cautelar em Reclamação nº 2391-5, mesmo nos Estados Unidos da América, país no qual se delinear a tão enfaticamente a idéia de que a expressão lei inconstitucional consubstancia-se em uma *contradictio*

³⁵ Parecer elaborado pelo então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro na ADIN 2154, em 10 de dezembro de 2001 – documentação anexa.

in terminis, passou-se a considerar a necessidade de impor limites à declaração de inconstitucionalidade, principalmente, no que tange às problemáticas advindas das decisões em processos criminais.³⁶

2.3 – O sistema austríaco

Ronaldo Poletti ao comentar o sistema constitucional austríaco, afirma que naquele país, assim como na maioria dos outros países europeus, até o início do século XX, inexistia qualquer procedimento regulamentado de fiscalização de constitucionalidade das normas, tal como hoje é concebido. O Parlamento austríaco assumia a posição de supremacia, provavelmente por influência do direito francês, e a lei era a expressão da soberania, sobre a qual descabia ao Judiciário ou a qualquer órgão do Estado questionar sua validade ou legitimidade³⁷.

A Constituição austríaca de 1920 estabeleceu que os tribunais não fiscalizariam a validade das leis regularmente publicadas, instituindo uma Corte Constitucional competente, para de modo concentrado e exclusivamente pela via direta, efetuar o controle de constitucionalidade³⁸. Restou assentado, ainda, que, havendo objeção quanto à legalidade da norma, os tribunais deveriam interromper a demanda e notificar o Governo Federal ou o Governo Estadual interessado, para que esses viessem a requerer à Alta Corte Constitucional a cassação do preceito em questão³⁹. Vislumbra-se aqui a materialização do controle concentrado de constitucionalidade. Atribui-se a Hans Kelsen a concepção de fiscalização de constitucionalidade incorporada pela Constituição austríaca de 1920 e aperfeiçoada em 1929.⁴⁰

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, voto-vista Medida Cautelar em Reclamação nº 2391-5, proferido em 18/12/2003.

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 67.

³⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 68.

³⁹ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 63.

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 67.

Para Hans Kelsen, a inconstitucionalidade consiste em mero pressuposto da sanção da anulação⁴¹. A lei inconstitucional, conseqüentemente, não seria nula, mas sim, simplesmente anulável, sendo válida até que se operasse sua anulação⁴². Por tal razão, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade a haveria de ser constitutiva, produzindo eficácia *ex nunc*. A concretude da decisão se daria por meio de efeitos *pro futuro*, não se admitindo seja anulados os atos praticados pelos particulares sob a égide da norma dita posteriormente inconstitucional.

Dessa forma, no sistema austríaco a declaração de inconstitucionalidade, contrapondo-se ao sistema norte-americano, possui caráter meramente constitutivo, e isso influi sobremaneira na consideração dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a lei sobrevive de forma plenamente válida, produzindo todos os efeitos que lhe são inerentes, até que seja regularmente pronunciada a sua desconformidade com o texto constitucional. Myrian Passos comenta o assunto:

“Enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem, pelo menos segundo a concepção tradicional, o caráter de um controle meramente declarativo, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter da invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, que, enquanto no primeiro sistema, a eficácia opera *ex tunc*, retroativamente, como mero acerto de uma pré-existente nulidade absoluta – no sistema austríaco, ao contrário a eficácia do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc* ou *pro futuro* não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação”.⁴³

⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 68.

⁴² SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p. 116: “No sistema austríaco de 1920, configurado por Kelsen, estabeleceu-se o primeiro sistema europeu de justiça constitucional, apartando-se, nesse ponto, da tradição norte-americana que dispôs expressamente que o vício de inconstitucionalidade de uma lei determinaria sempre uma simples anulabilidade e não uma nulidade, de modo que a sentença declaratória sempre teria efeitos *ex nunc*.”

⁴³ SANTIAGO, Myrian Passos. Op. cit. p. 114.

Outro aspecto importante a ser analisado no tocante ao sistema de constitucionalidade austríaco é a possibilidade da decisão de inconstitucionalidade não ter a obrigatoriedade nem de projetar seus efeitos para o passado, fulminando as relações jurídicas consolidadas, nem de entrar em vigor no dia de sua publicação, desde que assim entenda razoável a Corte Constitucional. De qualquer forma, consoante explicitado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a pronúncia de inconstitucionalidade tem eficácia *ex nunc* e o Tribunal pode estabelecer um prazo não superior a um ano para que a decisão passe a ter vigência (art. 140, parágrafo 5º, 2º período)⁴⁴. Frise-se, por fim, que o modelo austríaco de jurisdição constitucional concentrada foi assimilado por outros países, especialmente os europeus, entre eles a Alemanha, a Itália, a Espanha, a Turquia, Chipre, Grécia e ainda a Bélgica⁴⁵. Portugal, assim, como outros, apenas em parte, poderia ser inserido neste quadro.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 135.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 69.

3. CONSTITUCIONALIDADE

3.1 – Conceito de Constitucionalidade

Importante, inicialmente, destacar que nesse trabalho torna-se necessário esboçar breves linhas acerca do que venha a ser constitucionalidade e inconstitucionalidade. Normalmente chega-se à noção do que seja constitucional partindo da idéia de que o preceito encontra-se em conformidade com a Constituição. Não é possível, entretanto, afirmar que a constitucionalidade é um conceito preciso e imutável, posto que as interpretações da Lei Maior são realizadas por intérpretes eivados de valores sociais, políticos e econômicos, irremediavelmente influenciáveis pelo momento histórico no qual estão inseridos. Sobre o tema, afirma Bruno Noura Rêgo:

“Não sendo único o sujeito do processo interpretativo, cumpre verificar a constitucionalidade e a Constituição como parâmetro de controle, cujo espectro amplia a qualidade do problema. O termo espectro é usado, nesta dissertação, no sentido de variedade, diversidade, para mostrar que a constitucionalidade é variável, não exata, ou seja, não é um ponto, nem uma reta, mas sim um plano. Em suma, a constitucionalidade, assim como a luminosidade do dia, tem diferentes graus.”⁴⁶

A princípio, afirma-se que a norma é constitucional se em sua elaboração foram observados os procedimentos legislativos pertinentes e ainda se o seu teor estiver em conformidade com os dispositivos constitucionais, isto porque a norma hierarquicamente inferior tem sua validade baseada na Lei Maior. É relevante destacar que o conceito de constitucionalidade é mutável. Constitucionalidade consubstancia-se, em verdade, em um estado no qual se encontra o preceito legal

⁴⁶ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 133.

analisado⁴⁷. A normativa-objeto que hoje é interpretada como constitucional pode provocar amanhã uma perspectiva diferenciada, levando o intérprete a considerá-la destoante da Carta Magna⁴⁸. Faz-se oportuna a definição de Orlando Bitar:

“O termo constitucionalidade significa, antes de tudo, um estado, estado daquilo que é constitucional, assim como inconstitucionalidade será o estado daquilo que é inconstitucional. Logo se vê, sendo eles fulcro da questão, que tais estados serão condicionados por uma referência superior, com a qual os atos hierarquicamente inferiores guardarão ou não conformidade. Se guardarem, dizem-se constitucionais; se não – serão inconstitucionais. Portanto, a fixação dessa referência é essencial ou é tudo para o conceito de constitucionalidade e inconstitucionalidade.”⁴⁹

Lidar com o que venha a ser constitucionalidade leva, invariavelmente e até por questão de lógica, à necessidade de se tangenciar a definição de inconstitucionalidade e ainda a acepção de Constituição. Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha: “Constituição é o ato normativo jurídico primário e fundamental de uma sociedade, que forma e conforma um Estado segundo uma idéia de Justiça posta à realização.”⁵⁰ A Constituição afigura-se como o sistema

⁴⁷ RÉGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p.p.140 e 141: “Em virtude do caráter não-absoluto da constitucionalidade, é perfeitamente admissível, pelo sistema constitucional, a existência de diferentes interpretações constitucionais adotadas pelos diversos sujeitos legitimados a interpretar a Constituição, não sendo razoável a adoção de uma única interpretação constitucional como a correta.”

⁴⁸ RÉGO, Bruno Noura de Moraes. Ob, cit. p.p. 133 e 134: “**Sobre o espectro da constitucionalidade, cumpre primeiramente anotar que não tem exatidão científica que alguns juristas apregoam**. Um ato normativo, dependendo da interpretação adotada, pode ter, ou não, a sua inconstitucionalidade declarada. Todavia, uma vez declarada a constitucionalidade, isso não significa que o ato será para todo sempre constitucional.

A constitucionalidade não é matemática, muito pelo contrário, seu espectro é extremamente variável. Pensar diferente implicaria, por sua vez, inadmitir que a corte constitucional mudasse suas decisões, impedindo a própria evolução do direito. Se, por um lado, a doutrina e a jurisprudência ainda discutem a inconstitucionalidade e seus efeitos, por outro permanece incontroverso que não é admissível atribuir exatidão matemática à constitucionalidade.” (sem grifo no original).

⁴⁹ BITAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bitar - Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. A lei e a constituição**. V.I. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 476.

⁵⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 14.

normativo aberto de organização do Estado e da sociedade. Ou, ainda, apresenta-se como a ordem jurídica fundamental da coletividade.⁵¹

Logo, tem-se por inconstitucional o preceito normativo que com esta Lei Maior não se coadunar e assevera-se ser constitucional a lei que dela não se desvirtua. O professor português Jorge Miranda aduz que constitucionalidade e inconstitucionalidade designam nada mais que conceitos de relação, isto é “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido, que tem nela ou não a sua base.”⁵²

Faz-se tão maleável o conceito de constitucionalidade que o Supremo Tribunal Federal já admitiu a possibilidade da constitucionalidade temporária. A Corte, ao discutir a problemática do prazo em dobro para recorrer, destinado às Defensorias Públicas, afirmou que o estado de constitucionalidade da norma perduraria enquanto houvesse a manutenção da situação fática vivida, qual seja, a precariedade das instalações daquela instituição. O Ministro Moreira Alves ressaltou que o preceito normativo tornar-se-ia inconstitucional diante da ocorrência de circunstâncias futuras e assim deixou consignado:

“A única justificativa, Sr. Presidente, que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstancia de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

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

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 4.

⁵² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p.p. 7 e 8.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar.”⁵³ (sem grifo no original)

A Suprema Corte brasileira já se pronunciou por mais de uma vez sobre a maleabilidade inerente à definição da constitucionalidade. A flexibilidade e pouca exatidão deste conceito também vieram a ser mencionadas por ocasião do julgamento da questão de ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1. Em tal oportunidade, o Ministro Carlos Velloso, frente à variedade de interpretações que podem sobrevir acerca da constitucionalidade, sustentou o cabimento da proposição de ação direta de inconstitucionalidade mesmo após o julgamento de uma ação declaratória de constitucionalidade versando sobre o mesmo tema. Restou consignado na oportunidade:

“Quem acompanha os trabalhos e as decisões da Suprema Corte norte-americana verifica que, algumas vezes, a Corte decide de uma forma, tempos depois de outra. O texto da Constituição foi mudado? Não. **O que mudou foi a realidade, foi a Constituição substancial.** E a Constituição forma, se não estiver ajustada à Constituição substancial, não será, na linguagem de Karl Lowenstein, uma Constituição normativa, mas simplesmente uma Constituição nominal, que não será cumprida. Por isso, sustento que não deve haver impedimento na propositura de ação direta de inconstitucionalidade, mesmo julgada procedente a ação declaratória de constitucionalidade. Quer dizer, o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, tempos depois, não deve ser impedido.”⁵⁴ (sem grifo no original)

⁵³ Julgamento do *habeas corpus* nº 70514/RS. Relator Ministro SYDNEY SANCHES, decisão por maioria para aceitar a constitucionalidade temporária da lei. DJ de 27/06/1997.

⁵⁴ Acórdão publicado no DJ de 16/06/1995.

Vê-se, com efeito, ser possível que uma mesma norma, antes dita constitucional em ação direta de constitucionalidade, tendo por conseqüência sua existência e eficácia prolongadas, seja posteriormente declarada divergente da Constituição, diante da proposição de uma ação direta de inconstitucionalidade. Isto porque a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal pode modificar-se, e é natural que aconteça, não só pela alteração das circunstâncias fáticas⁵⁵ ou pela passagem do tempo, mas, inclusive, pela possibilidade de modificação na composição dos membros do Tribunal.

Em razão dessa assertiva resulta a necessidade de que se admita que inconstitucionalidade não se consubstancia como sinônimo de nulidade, ou estar-se-ia, na situação mencionada, diante da configuração de grande incoerência, diga-se, até mesmo, contradição: inicialmente a norma é declarada constitucional e plenamente válida, anos depois, é dita inconstitucional e tem, supostamente, todos os seus efeitos devastados pela nulidade. A incongruência deste raciocínio fulmina qualquer pretensão de se considerar a nulidade absoluta como conseqüência lógica e necessária da inconstitucionalidade, afinal, é preciso que se compreenda: os conceitos de inconstitucionalidade e nulidade não estão subsumidos.

A constitucionalidade das normas é definida com base na escolha de uma interpretação que se mostra correta e que tem por fundamento um juízo político vinculado ao período histórico vivido pela sociedade. E isto não pode levar o operador a concluir que aquela interpretação adotada seja a única existente, válida e insubstituível. Mesmo porque a Constituição de 1988, ao fazer a manutenção do controle difuso, legitimou a multiplicidade de interpretações constitucionais. Sobre esta questão não restam controvérsias. “Ressalta-se, ainda, que a interpretação

⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 240: **“A coisa julgada, entretanto, não ‘congela’ (‘engessa’) de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já que no Brasil, como demais países (EUA, por exemplo), a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria**. Assim, declarada a constitucionalidade de uma determinada lei, em virtude de sentença que julga improcedente a ação direta, não está impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da norma-objeto, e quando devidamente provocado, decretar a inconstitucionalidade do dispositivo atacado”. (sem grifo no original)

constitucional, além de vária, oscila no tempo, fazendo que as interpretações anteriormente adotadas sejam abandonadas por outras novas interpretações.”⁵⁶

Desse modo, pode-se concluir que o conceito de constitucionalidade é demasiadamente amplo, chegando às margens da imprecisão, sendo resultado de uma das possíveis compreensões que se faça da Carta. Tendo em vista que são variáveis as interpretações, variável, assim também será, a própria constitucionalidade, conforme revela a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A disparidade na interpretação mostra-se ainda maior quando há mais de um órgão autorizado a realizar o controle de constitucionalidade, como é o caso do sistema brasileiro⁵⁷.

É preciso ainda observar que a interpretação da Constituição será modificada de acordo com as circunstâncias políticas, sociais e econômicas existentes na ocasião da análise realizada pelo intérprete. Sendo assim, resulta impraticável que a norma antes convalidada pelo Tribunal seja, em ocasião posterior, simplesmente, extirpada do ordenamento jurídico como se jamais houvesse sido publicada, e, em consequência disso, tenha ainda a sociedade que suportar os danos decorrentes da expurgação dos efeitos desse ato dito inconstitucional pelo órgão competente.

⁵⁶ RÉGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 144.

⁵⁷ RÉGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 143.

4 – O Princípio da Segurança Jurídica

4.1 – Princípio da irretroatividade das normas

Para lançar qualquer idéia acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é preciso que se trace um breve estudo sobre a retroatividade ou a irretroatividade das normas. Torna-se imprescindível analisar a possibilidade de manutenção de relações jurídicas que se formalizaram à época da vigência de determinada lei que posteriormente é apontada como destoante da Constituição Federal. Segundo os ditames constitucionais, estarão protegidas as relações jurídicas de outra norma posterior prejudicial. Assim também pode ser compreendida a proteção aos interesses dos particulares no que tange à declaração de inconstitucionalidade que não pode fulminar todos os efeitos da lei que passou pelo crivo da constitucionalidade.

Resta examinar a problemática relativa à extensão dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade e saber se tal ato decisório tem o condão de tornar nulas as relações travadas em uma época em que não havia o questionamento referente à constitucionalidade e validade daquele dispositivo orientador. O problema do conflito da eficácia das leis no tempo apresenta-se todas as vezes que determinada norma revoga total ou parcialmente uma outra e negócios foram celebrados ao tempo da vigência da lei anterior. Saber se os efeitos dos fatos jurídicos aperfeiçoados enquanto a norma revogada vigorava prevalecerão, mesmo diante da revogação, é tema dos mais polêmicos. Bruno Noura Rêgo escreve sobre a questão:

“Destas singelas observações, percebe-se que, para preservar as situações já consolidadas – o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada -, o legislador constituinte não permitiu a retroatividade da lei e assim o fez para garantir a segurança jurídica. Em outros termos, já no texto

constitucional, nota-se a atuação do legislador fazendo equacionamento entre segurança e justiça.”⁵⁸

É necessário sejam definidas as possibilidades de perpetuação dos atos jurídicos perfeitos, da coisa julgada, bem como o direito adquirido, consoante previsto no inciso XXXVI, artigo 5º, da Constituição de 1988. E, sabe-se que essa questão encontra-se distante da pacificação. A polêmica se agiganta, principalmente quando é cotejada com a possível nulidade da norma declarada inconstitucional. Não se pretende, neste trabalho, exaurir toda e qualquer contenda sobre o princípio da irretroatividade. A intenção restringe-se à suscitação de questionamentos que possibilitem entender quão necessária se faz, ao ordenamento jurídico brasileiro, o resguardo da segurança jurídica, bem como da pacificação social. Sobre a retroatividade da decisão são pertinentes as observações de Rui Medeiros, ainda que se refiram ao sistema de controle de constitucionalidade português:

“A retroactividade da declaração de inconstitucionalidade encontra, normalmente, um limite na necessidade de respeitar os casos julgados segundo essa lei (entre nós, art. 282 nº 3 CRP).

Em alguns Estados vai-se mesmo mais longe, estabelecendo-se a intangibilidade de situações consolidadas. Assim na Alemanha, o § 79 da lei do Tribunal Constitucional Federal dispõe que as decisões já não impugnáveis (*‘die nich mehr anfechtbaren Entscheidungen’*) e já executadas, baseadas numa lei inconstitucional, não serão afectadas pela declaração de inconstitucionalidade. Também na Itália, na ausência de lei, doutrina e jurisprudência afirmam que a retroactividade da decisão do Tribunal Constitucional não prejudica as relações exauridas.

Parte da doutrina portuguesa admite, timidamente, que a retroactividade não atinja as relações consolidadas, designadamente as situações de facto ou de direito que se encontram definitivamente encerradas porque se verificou a prescrição ou a caducidade do direito, cuja existência parecia incompatível com a uma lei inconstitucional, porque o acto administrativo, que applicava uma lei contrária à Constituição, se ‘sanou’, porque um

⁵⁸ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 211.

particular cumpriu uma obrigação, imposta por uma norma inconstitucional.”⁵⁹

O sistema jurídico atual não permite que a nulidade das normas declaradas inconstitucionais seja aplicada de forma absoluta e irrestrita. Por isso é sobremaneira importante que se comente o princípio da irretroatividade, que visa à estabilidade do direito, posto que segundo os seus contornos, a norma deve ser obedecida a partir da data de sua vigência. Seria incoerência jurídica dar-lhe qualquer efeito antes do termo inicial de sua existência. A presença do mencionado princípio impõe uma ordem necessária à estabilidade do mundo jurídico. Assim ensina Regina Maria Ferraria ao tratar da irretroatividade:

“Admitir que uma norma nova deva reger tanto os fatos futuros, como os já sucedidos, nos leva a um estado de insegurança do próprio direito, o que, sem dúvida, seria prejudicial, já que nenhuma situação ou ato jurídico poderia ser considerado como seguro se estivesse permanentemente à mercê de uma mudança na legislação que o alterasse ou o considerasse inválido”.⁶⁰

O princípio da irretroatividade não configura novidade, tendo em vista já ser ele componente da Constituição norte-americana no ano de 1787, entretanto foi a Constituição francesa de 1793 que dispôs, pela primeira vez, de forma expressa acerca do princípio mencionado, ainda que este ficasse limitado à esfera penal, que foi estendido ao âmbito civil em 1795. Na Carta Magna brasileira de 1824 já havia disposição relativa à irretroatividade das normas em seu artigo 179 que dispunha: “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública, a sua disposição não terá efeito retroativo”⁶¹. Cuida-se de princípio de status constitucional, muito embora seja a Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º, o diploma no qual estão contidos os conceitos de ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido. Institutos contra os quais a retroatividade normativa não pode se voltar.

⁵⁹ MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos**. Coimbra:Livraria Almedina, 1992. p. 148.

⁶⁰ Op. cit. p. 84.

⁶¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 88.

4.2 – Necessidade de estabilidade das relações jurídicas

Tendo em vista que nesse trabalho é proposta a análise da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, por conseqüência, a relativização do dogma da nulidade absoluta, torna-se relevante sejam abordados, embora sucintamente, alguns aspectos atinentes à segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica encontra-se consagrado no texto da Constituição pátria, bem como em outros ordenamentos⁶². Segundo leciona o mestre Canotilho, tal princípio é considerado elemento essencial do Estado Democrático de Direito⁶³, todavia afirmou o autor português que não seria fácil sintetizar seu conteúdo básico⁶⁴. A segurança jurídica, continua o constitucionalista, desenvolve-se, primordialmente, em dois conceitos:

“(1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimentos legalmente exigido, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.”⁶⁵

⁶² RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 203: “Não é por outra razão que a certeza e a segurança do direito estão presentes na própria positividade do direito.”

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 371: “O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão.” (sem grifo no original)

⁶⁴ Op. cit. p. 380.

⁶⁵ Op. cit. p. 380.

O princípio da segurança jurídica não só consubstancia-se em pilar do Estado Democrático de Direito, mas também se denota em expressão de ética jurídica, porquanto resguarda a confiança depositada pelo cidadão nos entes e atividades do Poder Público. Os cidadãos não podem ser responsabilizados por eventuais erros cometidos pelo Poder Público no que tange à elaboração de normas. Christina Aires Lima assevera que se a Constituição for infringida por norma elaborada pelo Poder Legislativo e posteriormente declarada inconstitucional, quem infringiu a Carta Magna foi o Poder Público e não o cidadão que pautou suas relações jurídicas em ato inconstitucional, mas que julgou ser válido.⁶⁶

O jurisdicionado precisa obter do Estado pronunciamentos, sejam eles legislativos ou judiciais, que possuam o mínimo de validade, que despertem na população em geral a confiança e credibilidade no Poder Público. É incontestável que as normas são preceitos condutores da vida social e que regulamentam as ações dos cidadãos, impondo-lhes condutas a serem criteriosamente respeitadas, ainda que em momento ulterior o órgão competente entenda por bem declarar a sua inconstitucionalidade. Contudo, até que a declaração de inconformidade com a Constituição seja prolatada, a norma terá ampla eficácia e validade, e mais que isso: terá a carga da obrigatoriedade, tendo em vista que o sistema jurídico nacional, no qual o cidadão está vinculado aos comandos dos atos normativos, não possibilita a negativa de cumprimento do conteúdo das normas legais. Christina Aires Lima tece os seguintes comentários quanto ao tema:

“Em resumo: O tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato administrativo, o retira do mundo jurídico para preservar a ordem constitucional vigente. **Como a lei inconstitucional, antes de ter sua inconstitucionalidade reconhecida pelo tribunal era uma lei existente, inválida e eficaz, porém munida de presunção de validade, o que é uma peculiaridade importantíssima, que a distingue dos demais atos jurídicos inválidos, já que, devido a essa presunção, até a declaração de sua ineficácia, ninguém pode recusar-lhe o cumprimento.**” (sem grifo no original)

⁶⁶ LIMA, Christina Aires Correa. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 27, abril-junho. 1999. p. 194.

A presunção de validade das leis é inerente ao sistema legislativo brasileiro, ou seja, os cidadãos estão obrigados a pautarem suas condutas pela regra normativa publicada. Tal preceito somente poderá ser considerado inconstitucional após o pronunciamento do órgão competente⁶⁷, até então a norma é plenamente válida e eficaz, reguladora não só das atividades estatais, mas também das ações praticadas pelos particulares. É próprio da sistemática legislativo brasileiro que as normas sejam presumidamente válidas e constitucionais, além do que o ordenamento jurídico nacional não permite que o cidadão deixe de observar uma lei por que ela lhe parece inconstitucional. E, por fim, como mencionado anteriormente, o jurisdicionado, até que a inconstitucionalidade do ato normativo seja declarada, não tem qualquer opção legal, deve, obrigatoriamente, orientar-se pela lei vigente época⁶⁸.

O desenvolvimento da sociedade e das relações jurídicas muda significativamente a elaboração e a interpretação das leis. Por tal razão, admitir que a nulidade é consequência óbvia e necessária da inconstitucionalidade configura-se, no mínimo, em uma contradição não só jurídica, mas também social. Não se pode discutir que ao tempo do julgamento do caso “Marbury versus Madison”, a supremacia da Constituição consistia na eliminação da norma inconstitucional, bem

⁶⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 196.

⁶⁸ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p. 120: “Para Baracho Jr., no que concerne ao princípio da separação dos poderes, há que se considerar que as Constituições conferem os atributos de coercibilidade e presunção de constitucionalidade aos atos proferidos pelo Poder Legislativo.

Não se trata de presunção absoluta, mas *juris tantum*. Tal fato, entretanto, não afasta a assertiva de que o ato legislativo se torna obrigatório e presumivelmente constitucional desde sua promulgação ou sanção.

A coercibilidade e a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo são atributos indissociáveis ao exercício dessa função estatal. E neste sentido, qualquer análise jurídica que busque limitar ou retirar esses atributos deve ser compreendida à luz do princípio da separação dos poderes.

Assim, sendo a nulidade compreendida como sanção, incidente sobre o ato jurídico editado em desacordo com os critérios necessários a sua validade, não se pode, no direito moderno, pretender a nulidade sem que haja pronunciamento judicial. Esse pronunciamento judicial deverá observar o processo positivamente estabelecido para a aplicação da sanção. E aplicada a sanção, as consequências desta serão apenas aquelas definidas no ordenamento jurídico positivo.” (sem grifo no original)

como de seus efeitos. Todavia, o uso irrestrito e absoluto do instituto da nulidade pode vir a confrontar-se com outros princípios também constitucionais. É essa a opinião de Christina Aires Lima:

“Na verdade, a teoria da norma inconstitucional adotada pelo Juiz John Marshall no famoso caso ‘Marbury versus Madison’, não responde satisfatoriamente a muitas questões postas sob a apreciação judicial, já que **a aplicação indiscriminada do princípio da nulidade, em alguns casos, fere outros princípios de estatura constitucional como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica.**”⁶⁹. (sem grifo no original)

É preciso que se compreenda que a preservação dos efeitos derivados da lei inconstitucional pode, não raras vezes, aproximar-se mais do escopo do direito, qual seja, a pacificação social, do que a aplicação da nulidade absoluta da norma. Importante, ainda, que seja ressaltado: a eliminação do ato declarado inconstitucional não é o único meio hábil a rechaçar o preceito que padece do maior grau de invalidade, qual seja, a incompatibilidade com o texto da Carta Magna. Sabe-se que a decisão prolatada em processo de fiscalização de constitucionalidade pode, por razões de necessidade de manutenção da segurança jurídica, assim como para a proteção da paz social, definir que seus efeitos serão projetados, tão-somente, para o futuro, possibilidade prevista no artigo 27 da Lei 9868/99 e já difundida em outros países.

Diante da impertinência da aplicabilidade absoluta do princípio da nulidade, é necessário que se propague a idéia de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁷⁰. A finalidade da restrição temporal seria resguardar a confiança depositada pelos cidadãos nos atos emanados do Poder Público, fundamentada na presunção de validade e constitucionalidade desses atos, tendo em vista que os jurisdicionados orientaram suas ações pelos ditames

⁶⁹ Op. cit. p. 184.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 970: “Nos sistemas de controlo concentrado a regra geral consiste em atribuir à decisão de inconstitucionalidade um *efeito constitutivo*. O órgão que decide sobre a inconstitucionalidade *anula* um acto normativo que até ao momento da decisão é considerado como válido e eficaz. É o regime geral do controlo concentrado.”

obrigatórios contidos no corpo da lei, cujo conteúdo divergiu da Constituição. A ordem jurídica consiste no instrumento de proteção dos interesses legítimos dos jurisdicionados, não se admitindo que as relações consolidadas sejam dadas como nulas⁷¹, ainda que tenham sido praticadas com fundamento em um dispositivo inconstitucional. Merecem transcrição as palavras de Ronaldo Poletti:

“Assim é que há categorias jurídicas a aplicar àquelas situações, como a imperatividade da justiça, a certeza do direito provocada pela lei (não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz social etc. Tais categorias devem ser utilizadas, e certamente acontece, pelos Tribunais na solução de casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição de justiça.”⁷²

O escopo maior do Direito é, desde a concepção definida pela doutrina mais clássica, a paz social. Sendo assim os institutos jurídicos devem promover a estabilidade das relações jurídicas de modo que se torne palpável a segurança e, conseqüentemente, a paz em meio à sociedade. A Constituição brasileira traz em seu bojo uma séria de normas principiológicas que demandam a observância dos julgadores e jurisdicionados, entretanto não se pode negar que também ela, a Carta da República, traz explicitamente que a segurança jurídica é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito – Art. 5º, inciso XXXVI: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

Impraticável se faz que a retroatividade em caso de declaração de inconstitucionalidade seja irrestritamente *ex tunc*. A lei que emana do Congresso

⁷¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 207: “Porém, mesmo dentro dessa linha de consideração e não dispondo a ordem jurídica brasileira de preceitos semelhantes ao sistema alemão que prescrevem a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, ‘concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança, procedendo-se à diferenciação entre os efeitos da decisão no pleno normativo (Normebene) e no plano do ato individual (Einzelaktebene) através das chamadas fórmulas de preclusão’, vislumbrando como exceção expressa a esse entendimento a sentença condenatória penal, visto que aqui inexistente prazo para a propositura de revisão.”

⁷² POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p.128.

Nacional possui presunção de legalidade e validade, o jurisdicionado recebe-a como plenamente eficaz, e pratica atos sob a sua égide, usando de boa-fé. Por essas razões é que este não pode simplesmente ver desfeitos os negócios jurídicos que praticou, as vantagens salariais que recebeu ou as isenções fiscais que lhe foram concedidas. Os jurisdicionados precisam confiar no poder público em geral, dar-lhe credibilidade. Precisam supor que o Poder Legislativo editará normas seguindo os trâmites legais e que o Poder Judiciário, dentre outras atividades, buscará a constitucionalidade das leis sem prejudicar o cidadão⁷³. E sabe-se que o princípio da nulidade absoluta não pode ser aplicado irrestritamente, sem que se leve em conta os atos praticados e os demais princípios que compõem a ordem constitucional. Segundo Clèmerson Clève:

“Se é verdade que a declaração de inconstitucionalidade importa na pronúncia da nulidade da norma impugnada, se é certo, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade torna, em princípio, ilegítimos todos os atos praticados sob o manto da lei inconstitucional, não é menos certo que há outros valores e preceitos constitucionais, aliás, residentes na mesma posição hierárquica que o princípio da nulidade das normas inconstitucionais, que exigem cumprimento e observância no juízo concreto. **É dizer, não possível aplicar-se um princípio constitucional a qualquer custo. Muito pelo contrário, é necessário desenvolver certo juízo de ponderação a respeito das situações concretas nascidas sob a égide da lei inconstitucional, inclusive para efeito de se verificar que, em determinados casos, razões de equidade e justiça recomendam a manutenção de certos efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional.**”⁷⁴ (sem grifo no original)

A norma, que no sistema brasileiro deve atravessar um procedimento legislativo elaborado, chega à sociedade com o mínimo de presunção de validade. Certo é que os jurisdicionados não irão se opor a ela independentemente de uma

⁷³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p.p. 214 e 215: “O que não pode ser desvirtuada é a finalidade do direito, que, proporcionando harmonia na convivência social, traz à sociedade a satisfação de suas necessidades de segurança e estabilidade em seu relacionamento”.

⁷⁴ 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**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 19, abril-junho. 1997. p. 293.

decisão judicial, o ordenamento jurídico pátrio não permite tal atitude desprovida de respaldo legal ou normativo. Sendo assim, uma série de atos jurídicos e negociações serão travadas sob a vigência da lei que, em momento posterior, fora apontada como destoante da norma constitucional e não há como simplesmente desconsiderá-los. Dentre os princípios que estão inseridos no corpo da Carta Magna não se pode negar que esteja a supremacia da norma constitucional, entretanto, há outros que denotam a mesma importância tais como a justiça, a segurança jurídica, a razoabilidade e a proporcionalidade. Como já indicado, a nulidade não pode ser concebida como resultado da declaração de inconstitucionalidade, conforme explica Myrian Passos:

“Da leitura dos pronunciamentos do STF ressaí que a supremacia constitucional é o único argumento a justificar a nulidade *ab initio* dos atos praticados na vigência da lei inconstitucional.

Todavia, conforme visto anteriormente, a superioridade hierárquica da Constituição não é um dogma do qual decorra logicamente a ‘nulidade de pleno direito’ das normas inconstitucionais. Ao contrário do que habitualmente se proclama, não estão fatalmente vinculadas por uma relação de causa e efeito. A CF/88, efetivamente não contém qualquer norma que estabeleça os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo, ao contrário do que ocorre em outras Constituições”.

Diante da tensão entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da supremacia da Constituição, pode surgir a idéia de possível antinomia entre justiça e segurança. Todavia, é preciso que se diga que o mencionado conflito é inerente à concepção de Direito⁷⁵, não sendo cabível neste trabalho tratar o assunto com a profundidade que ele merece. Faz-se imprescindível, entretanto, falar, de forma breve, sobre a possível contradição que a primeira vista parece ser causada pela mitigação do dogma da nulidade, uma vez que seriam perpetuados os atos que se fundamentaram em norma inconstitucional. Ao Legislador constituinte, entretanto, não se pode imputar a responsabilidade de escolha de um dos dois princípios. O texto constitucional trouxe a previsão de ambos, embora, não tenha

⁷⁵ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 241.

determinado qual deles deveria prevalecer, pois essa predominância será verificada pelas características do caso, consoante explica Bruno Noura Rêgo:

“Sendo certo que as Constituições modernas consagram tanto a justiça quanto a segurança, há de se verificar na dinâmica social quando a justiça prevalece e quando a segurança prepondera, tendo sempre em vista o princípio da unidade da Constituição, consentâneo da idéia de sistema jurídico. **A Constituição Federal de 1988, como não poderia deixar de ser, contempla tanto a justiça como a segurança, ou seja, fez o constituinte a opção por nenhuma escolha.**”⁷⁶

Preliminarmente é necessário que se diga: os princípios constitucionais não podem ser aplicados de modo absoluto e irrestrito, ou seja, de forma incondicional. As circunstâncias da hipótese sob análise levaram à restrição ou relativização de determinado princípio, a fim de que se alcance a paz social e a melhor solução para a demanda apresentada. Como anteriormente exposto, a cassação de todos os efeitos decorrentes da lei que será extirpada do ordenamento jurídico, pelo fato de encontrar-se eivada de inconstitucionalidade, não resolve a problemática originada pela vigência dessa mesma lei, ainda que por um curto período de tempo. A sociedade orientou-se por tal norma, e isso é impossível desconsiderar. E, nos termos do que afirmado por Carmem Lúcia Antunes, não se pode desprezar os direitos incorporados ao patrimônio dos cidadãos:

“É certo que, abstratamente posto o problema da declaração de inconstitucionalidade, não se pode deixar de considerar a impossibilidade de alegação concreta sobre direitos nascidos em ato que não é de direito. Na prática, sabe-se bem, a questão é mais difícil e penosa em alguns casos. Nem sempre o simples e fulminante reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei significa que o igual e violento resultado de sua declaração, com a subsequente declaração de invalidade de seus efeitos configura a melhor solução de justiça. A lei, que não nasceu – como hoje normalmente não nasce – da fonte direta do povo, incide sobre este, que age em perfeita consonância com ela. Depois de sua ação, e quando já

⁷⁶ Op. cit. p. 242.

consolidados os efeitos dela nascidos, mesmo que não de direito, podem encontrar-se situações cujo desfazimento seja mais injusto que a própria manutenção dele, ainda que desconforme aos parâmetros a serem seguidos”.⁷⁷

A pretensão de se aplicar a justiça, ou seja, a opção pelo desfazimento das relações consolidadas sob a vigência da lei inconstitucional, resguardando a supremacia do texto constitucional, pode ocasionar, em verdade, absoluta injustiça, implicando conseqüências ainda mais distantes do escopo do Direito, qual seja, a pacificação social. Conforme escreve Bruno Noura Rêgo, o fato de prevalecer “a segurança com o detrimento da justiça não constitui absurdo algum, pois comumente ocorre tal predominância sem grandes problemas de ordem prática”⁷⁸. Segundo Christina Aires Lima, a Constituição consubstancia-se em um sistema aberto, no qual logicamente surgirão tensões entre vários princípios que nela estão contidos, conflitos esses com fundamento no pluralismo e no eventual antagonismo de concepções inerentes ao pacto fundador⁷⁹.

Pondera, ainda, a autora sobre a eventual colisão, “porém, não há princípios com validade absoluta, que devam sempre prevalecer. Os princípios não obedecem à lógica do ‘tudo ou nada’, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante seu peso e as circunstâncias do caso.”⁸⁰ As propostas aqui apresentadas servem exatamente para que se discuta, ainda com mais afinco, a necessidade de se proteger a boa-fé do jurisdicionado e a busca pela paz coletiva, ainda que isso signifique reputar por válidas relações consubstanciadas em norma posteriormente declarada inconstitucional, mas que vigeu com plenitude durante um lapso temporal.

⁷⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 153.

⁷⁸ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. Ob. cit. p. 250.

⁷⁹ Ob. cit. p.p. 184 e 185.

⁸⁰ LIMA, Christina Aires Correa. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 27, abril-junho. 1999. p.p. 184 e 185.

5 - O DOGMA DA NULIDADE

5.1 – Breves considerações

A nulidade absoluta da lei inconstitucional é a tradição do Direito brasileiro^{81 82} - derivação do sistema norte-americano - e não se pode negar que, a princípio, tenha sido concebido como regra geral. Contudo, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram, positivamente, limitados em nosso jurídico brasileiro com a introdução da norma contida no artigo 27 da Lei nº 9868 de 1999, que de certa forma, reproduz preceito constitucional oriundo do Direito português⁸³ e consagrado no direito comparado⁸⁴. E, é preciso que se diga: o modelo não fora adotado isoladamente pelo Brasil; outros países, dentre eles a Áustria, a Itália, a Espanha e até mesmo a Comunidade Comum Européia, vêm aplicando às questões de declaração de inconstitucionalidade a mitigação do dogma da nulidade da norma que ganhou os contornos da dissonância com a Lei Maior⁸⁵.

Sabe-se que o modelo norte-americano se opõe frontalmente ao austríaco⁸⁶. Naquele os efeitos da declaração de inconstitucionalidade agem de forma *ex tunc*, já neste, os efeitos da norma inconstitucional subsistiriam até que

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 257.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 261: “Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade”.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002. p.435.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.10.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 439.

⁸⁶ SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União nas informações elaboradas na ADIN 2154 – documentação anexa.

seja reconhecida a inconstitucionalidade – efeitos *ex nunc* -, uma vez que essa é a característica de anulabilidade que é inerente ao sistema. E, mesmo nos Estados Unidos da América, país no qual a declaração de inconstitucionalidade, apesar de ser proferida em casos concretos, tem projeção plena⁸⁷ e de onde é oriundo o entendimento da inflexibilidade da nulidade da norma inconstitucional, que é repetida por alguns dos constitucionalistas brasileiros, já houve a necessidade da mitigação do dogma.

“É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão ‘lei inconstitucional’ configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que ‘the inconstitucional statute is not law at all’, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade”⁸⁸.

Consoante explicitam alguns autores, entre eles Bruno Noura Rêgo, Lúcio Bittencourt, além de outros, o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade teria sido recepcionado no Brasil sem maiores indagações ou restrições, visto que os juristas nacionais acataram todas as concepções elaboradas ao longo do desenvolvimento da fiscalização de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, não obstante se mantivessem silentes quanto à fundamentação da nulidade absoluta dos efeitos da norma que se mostrasse antagônica para com a Constituição.

“No Brasil, a inconstitucionalidade sempre esteve associada à nulidade, ou seja, em matéria de controle de constitucionalidade, adota-se o chamado dogma da nulidade”⁸⁹, escreve Bruno Noura Rêgo, destacando que a simples recepção da doutrina americana fez com que não se desenvolvesse no

⁸⁷ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1958. p. 80. “A declaração de inconstitucionalidade, nos Estados Unidos, embora se dê *in casu*, tem eficácia absoluta. (...) A decisão vale por si e obriga a todos. O judiciário deixa de aplicar a lei, que subsiste como um ente morto no corpo legislativo.”

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 265.

⁸⁹ Ob. cit. p. 157.

Brasil teoria própria acerca da nulidade da lei inconstitucional⁹⁰. Ademais disso, abre destaque para o fato de que poucos juristas se preocuparam em comprovar as bases científicas que conduziriam a inconstitucionalidade à nulidade. Lúcio Bittencourt assevera que os juristas nacionais não buscaram argumentos capazes de sustentar a tese, assim como não procuraram refutá-la. Merecem transcrição as suas palavras:

“Esse é, porém, o efeito *direto* da decisão, a coisa julgada, que somente vale entre as partes de acordo com a clássica afirmação dos doutores, haurida na sabedoria romana, mas as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia *indireta* ou *colateral* da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a ‘sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça’, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não apontam os tratadistas americanos – infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a *codificação* do direito positivo – limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*.

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento.”⁹¹ (sem grifo no original)

Assim sendo, no decorrer do aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no Brasil independentemente, da definição de inconstitucionalidade, “era certo que a declaração de inconstitucionalidade trazia consigo a nulidade, ou

⁹⁰ RÉGO, Bruno Noura de Moraes. Ob. cit. p. 159.

⁹¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968. p.p. 140 e 141.

seja, sempre a declaração de inconstitucionalidade foi definida pelos seus efeitos e, não, por sua natureza”⁹². É incontestável que a nulidade de todos os efeitos resultantes de norma que posteriormente é considerada inconstitucional, sob o enfoque lógico, estaria perfeita, consoante a sistemática do ordenamento jurídico nacional, baseado na teoria formulada no caso *Marbury versus Madison*. A supremacia da Constituição há de ser reconhecida e sua manutenção, a princípio, dependeria da expurgação não só do preceito inconstitucional, assim como de tudo mais desse decorrente. Entretanto, certo é que não há possibilidade de aplicação absoluta de qualquer teoria ou princípio, porquanto o jurista não pode despreocupadamente negar os fatos sociais existentes e que nada mais são do que consequência da vigência, ainda que temporária, de preceito supostamente válido e constitucional.

5.2 – Nulidade como sanção

Resulta do princípio da unidade e da supremacia da Constituição que as leis inferiores terão sua validade baseada em preceito hierarquicamente superior, ou seja, todas elas estão legitimadas pela Lei Maior. Dessa afirmação decorre que não podem subsistir normas que conflitem com o texto constitucional, pois que se encontram eivadas do mais alto grau de invalidade: a inconstitucionalidade. Efetuado o controle de constitucionalidade e apurando-se que o preceito impugnado está realmente em desconformidade com a Constituição, para a perpetuação da estrutura jurídica é preciso que essa norma seja retirada do mundo do Direito, após a constatação, pelo órgão competente, de sua desconformidade.

A preservação da ordem constitucional é essencial sobremaneira ao Estado Democrático de Direito. E a coerência do sistema jurídico constitucional depende do banimento do ato normativo que não guarda pertinência com o texto

⁹² RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 159.

que compõe a Carta Magna⁹³. Indubitavelmente, é por esse motivo que alguns doutrinadores defendem a nulidade como se fosse um princípio constitucional absoluto. Diante dessas ponderações, a cassação da norma inconstitucional torna-se indispensável à coerência do ordenamento jurídico, mas isso não quer dizer que a nulidade absoluta de todos os efeitos do preceito inconstitucional seja imprescindível para assegurar a supremacia da Constituição. A nulidade não é consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade e com essa não pode ser confundida. São totalmente oportunas e esclarecedoras as lições de Canotilho:

“Os ensinamentos da doutrina civilística e da doutrina administrativa podem ser transferidos para o direito constitucional e ‘testar-se’ a *teoria da pluralidade de consequências ou resultados jurídicos* derivados da inconstitucionalidade de actos normativos. Os tópicos orientadores resumem-se da seguinte forma:

(1) **Inconstitucionalidade e nulidade não são conceitos idênticos;**

(2) A nulidade é um resultado da inconstitucionalidade, isto é, corresponde a uma reacção de ordem jurídica contra a violação das normas constitucionais;

(3) **A nulidade não é uma consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade**, pois, tal como a doutrina civilística a *ilicitude* de um acto pode conduzir à nulidade ou anulabilidade, e na doutrina administrativa a *ilegalidade* é susceptível de ter como reacção desfavorável a nulidade ou anulabilidade, também a *inconstitucionalidade* é susceptível de várias sanções, diversamente configuradas pelo ordenamento jurídico.”⁹⁴ (sem grifo no original)

⁹³ LIMA, Christina Aires Correa. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 27, abril-junho. 1999. p. 185.

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p.p. 1007 e 1008.

Para resguardar a Constituição preciso se faz que as normas que com ela não se harmonizam sejam eliminadas do ordenamento jurídico e não produzam mais efeitos em períodos subseqüentes, já que padecem de um vício⁹⁵. O ordenamento pátrio prevê meios e procedimentos aptos a sanar tal defeito de gravidade maior: a inconstitucionalidade⁹⁶. Como já foi dito, a norma inconstitucional será retirada do mundo do Direito. No entanto, a sistemática jurídica nacional também dispõe que o ato viciado deve ser repreendido, haverá uma sanção que lhe será aplicada. Entenda-se, serão dois momentos e dois procedimentos distintos. O primeiro consistirá na decisão pela eliminação da lei inconstitucional, que é decorrência lógica da inconstitucionalidade. E no segundo, haverá a definição de qual a espécie de sanção a ser imposta àquela invalidade verificada⁹⁷. Sobre o assunto, deixa consignado Myrian Passos:

“Fixados estes parâmetros, constata-se que o vício de inconstitucionalidade, por si só, não produz qualquer conseqüência jurídica. **Dessa forma, pode-se concluir que o ato inconstitucional não é ‘nulo de pleno direito’**. Há a necessidade de pronunciamento judicial ou prévia normatização no sentido de aplicar uma sanção ao ato inconstitucional.

Afigura-se equivocada, pois, a utilização do argumento da supremacia da Constituição para se justificar a nulidade de pleno direito dos atos inconstitucionais, especialmente pelo fato de que em qualquer Estado Constitucional a Constituição tem esse caráter de superioridade. Com efeito, os efeitos da sanção aplicável ao ato inconstitucional seriam

⁹⁵ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p. 119: “Sendo a inconstitucionalidade um vício, os ordenamentos jurídicos particulares organizam mecanismos que visam a eliminação deste, através de uma sanção. As conseqüências desta sanção, aplicáveis às normas editadas em desacordo com os parâmetros constitucionais, devem ser definidas no ordenamento positivo e pode ser revestir sob a forma de nulidade. Mas sob esse aspecto, é fundamental fixar-se o correto entendimento de nulidade, considerando-se esta como integrante da categoria das sanções.”

⁹⁶ BARACHO JR., José Alfredo de Oliveira. **Efeitos do pronunciamento judicial de inconstitucional no tempo**. Teoria Geral do Processo Civil – Cadernos da Pós-Graduação, UFMG, 1995. p. 51: “Sendo a inconstitucionalidade um vício, os ordenamentos jurídicos particulares organizam mecanismos que visam a eliminação deste, através de uma sanção.”

⁹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 194: “A eficácia no tempo da decisão que decreta a inconstitucionalidade adquire importância ímpar no caso da via de ação direta, quando examinada a lei em tese, seus efeitos se estendem *erga omnes*, já que o que se discute é se estes se limitam ao futuro (*ex nunc*) ou se operam retroativamente (*ex tunc*).”

qualificados por cada Estado, invalidando o argumento genérico de que a norma inconstitucional ‘naturalmente’ não tem qualquer efeito.”⁹⁸ (sem grifo no original)

Todavia, a Constituição não faz previsão do tipo de censura ao qual a norma inconstitucional se submeterá⁹⁹. Dessa forma, no ordenamento brasileiro, a definição de qual seria a sanção adequada configura-se em resultado elaborado, ao longo do tempo, pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e aqui não se pode renegar que os juristas nacionais, em um primeiro momento, receberam a sistemática norte-americana sem maiores questionamentos¹⁰⁰. Acerca da necessidade de imposição de uma sanção, mais uma vez faz-se necessária a transcrição das palavras de Canotilho:

“Se o controlo da constitucionalidade dos actos normativos é um dos meios de defesa e garantia da força normativa da constituição, justifica-se que, para ele ser efetivo e eficaz, as violações das normas e princípios constitucionais captadas em sede de fiscalização judicial sejam acompanhadas de *sanções* adequadas. Trata-se, pois, de saber qual a reacção da constituição perante actos normativos comprovadamente desconformes com as suas normas e princípios. O princípio da prevalência da constituição não deixa margem para dúvidas relativamente à *sanção geral* aplicável a um acto normativo colidente com o parâmetro normativo-constitucional – *inconstitucionalidade*.”¹⁰¹

Torna-se preciso, entretanto, indagar sobre os meios de sanção existentes no ordenamento pátrio. Segundo Bruno Noura Rêgo, “o próprio Direito aceita a possibilidade de normas a ele contrárias pelo simples fato de tomar muitas

⁹⁸ Op. cit. p. 119.

⁹⁹ SANTIAGO, Myrian Passos. Op. cit. p. 120.

¹⁰⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968. p.p 140 e 141.

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 1002.

disposições que se consideram ter como fim a anulação de direito antijurídico”¹⁰². Anular a norma significa retirá-la do mundo jurídico, mas não necessariamente exterminar todos os seus efeitos. O ato jurídico anulável existe, incontestavelmente, não tem validade, mas ainda assim é eficaz. Já o ato nulo é ineficaz, considerado assim desde o seu nascedouro. A anulabilidade é menos gravosa, se é que pode ser dito assim, do que a nulidade, posto que o ato anulável produz efeitos e é sanável, o que não ocorre com o nulo, que é insanável. Desses argumentos surgem as conclusões de Bruno Noura Rêgo que distinguem anulabilidade e nulidade:

“A lei, ao distinguir a nulidade da anulabilidade, não está fazendo outra coisa senão tentando preservar os efeitos de alguns atos. Dessa maneira, por questões de segurança, alguns atos, apesar de certos vícios, podem ser preservados ou reparados, pois não chegam a violar frontalmente o ordenamento jurídico. Por outro lado, há os que portam vícios intoleráveis ao sistema jurídico, razão pela qual lhes deve ser imputada a pena de nulidade. Em suma, razões de segurança justificam a permanência de atos jurídicos ilegais, ou seja, seria mais danoso ao sistema imputar-lhes a sanção de nulidade, que nada mais é do que a irretroatividade com sinal trocado. Alguns atos jurídicos, apesar de ilegais e ‘antijurídicos’, devem continuar no ordenamento jurídico irradiando seus regulares efeitos”.¹⁰³

No Brasil, foi recepcionada, de forma ampla, a doutrina norte-americana que impõe a nulidade como a única sanção cabível à norma inconstitucional¹⁰⁴. Todavia, anular todos as conseqüências da lei inconstitucional não é o único meio de sanção, e em não raras vezes pode ocasionar uma série de desastrosas dificuldades. Tendo em conta que a Constituição não acerca do tipo de repreensão a ser efetuado e diante da existência de outros princípios constitucionais que guardam igualdade hierárquica com a nulidade absoluta e com ela, eventualmente, chocam-se, pode ser perfeitamente entendido que ao ato

¹⁰² RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 240.

¹⁰³ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 241.

¹⁰⁴ LIMA, Christina Aires Correa. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 27, abril-junho. 1999. p. 184.

inconstitucional será extirpado do ordenamento jurídico e será submetido a uma sanção que poderá consubstanciar-se na nulidade *ab initio* ou na anulabilidade, e nesse caso, a norma manterá os seus efeitos até a data da publicação da decisão ou até outro momento julgado oportuno pelo Tribunal, conforme previsto no artigo 27 da Lei 9868/99. Daí as ponderações feitas por Myrian Santiago acerca da problemática:

“Ressai, à evidência, pois, o limite imposto pelo princípio da separação dos poderes ao controle de constitucionalidade judicial das leis brasileiras. Com efeito, em não havendo previsão constitucional relativamente às sanções aplicáveis à inconstitucionalidade dos atos normativos, há que se proceder a um balanceamento de todos os princípios constitucionais que se comunicam com o princípio do controle judicial da constitucionalidade das leis no Brasil, quais sejam, o princípio da separação dos poderes e a segurança jurídica.

Em contraponto a tão caros princípios, é indiscutível que a aplicação do dogma da nulidade *ab initio* deve ocorrer com certos temperamentos, a exemplo do que vem ocorrendo nos Tribunais Constitucionais europeus, sob pena de anular radicalmente o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, umbilicalmente atado ao pacto da separação dos poderes, ou de se criar situações ainda mais distantes da vontade constitucional do que a anteriormente existente, desestabilizando-se a paz pública e a segurança das relações jurídicas.”¹⁰⁵

Resta demonstrado que os conceitos técnicos de inconstitucionalidade e nulidade não possuem identidade ou qualquer relação de dependência, consoante afirmado categoricamente por Canotilho¹⁰⁶. As disposições constitucionais prevalecerão, tendo em conta a sistemática jurídica do ordenamento pátrio, sem que para isso seja necessária desconsideração de todo e qualquer efeito produzido pela norma dita divergente da Constituição. A Carta da República de 1988 não possui dispositivo atribuindo expressamente eficácia *ex tunc* às decisões

¹⁰⁵ Op. cit. p. 125.

¹⁰⁶ CANOTILHO, Op. cit. p.p. 1007 e 1008.

prolatadas em sede de controle de constitucionalidade¹⁰⁷, sendo assim razão não há para que se conclua que a nulidade seja o único meio hábil à manutenção da supremacia dos ditames constitucionais. A preservação dos eventuais resultados da norma inconstitucional pode não significar opção do magistrado, mas sim instrumento exclusivo para o alcance do Direito: a pacificação da sociedade.

5.3 - Mitigação do dogma da nulidade absoluta das normativas declaradas inconstitucionais

A discussão acerca da relativização do dogma da nulidade não se originou com a publicação do preceito inserto no artigo 27 da Lei nº 9868. Antes disso, reconhecidas personalidades do direito constitucional brasileiro já defendiam amplamente a possibilidade de se cotejar os princípios da nulidade absoluta da norma invalidada e o da segurança jurídica e interesse social, tendo em vista a relevância da questão. A problemática não é recente, nem geograficamente isolada. Outros países desmistificaram, em processos legislativos anteriores ao do Brasil, o dogma da nulidade absoluta da lei posteriormente declarada inconstitucional¹⁰⁸.

Ressalte-se que já durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, o então Senador Maurício Corrêa propôs emenda modificativa ao projeto, que estava em trâmite, a fim de incluir no artigo 102 da Constituição Federal de 1988 o dispositivo a seguir: “§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.10.

¹⁰⁸MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002. p. 439: “Além das especificidades do modelo alemão, também o sistema austríaco, italiano, espanhol e o próprio direito comunitário têm adotado modalidades assemelhadas quanto à restrição de efeitos da declaração de nulidade. Também a jurisprudência americana acabou por consagrar modelo mitigador da nulidade absoluta.”

perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”.

Ademais, o Ministro Néri da Silveira, em artigo brilhante publicado pela Revista Arquivos do Ministério da Justiça¹⁰⁹, escreveu sobre a limitação aplicada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, da mesma forma antes da Lei 9868/99, o que deixa claro que o conteúdo de tal dispositivo já constituía problemática tratada pelos doutrinadores e magistrados brasileiros. Embora a norma seja declarada eivada de inconstitucionalidade em um processo de controle de constitucionalidade, impossível se faz afirmar que a mesma não irradiou suas conseqüência durante sua vigência. Um sem número de relações, envolvendo terceiros de boa fé, podem ter sido travadas, e asseverar que tais relações devem ser desfeitas, retornando ao *status quo ante*, pode implicar prejuízos irreparáveis. Rui Medeiros, autor português, afirma categoricamente: “Em nossa opinião, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não afecta as relações definitivamente consolidadas.”¹¹⁰

No mencionado artigo, o Ministro Néri da Silveira faz colocações de relevância ímpar sobre a nulidade e seus efeitos. Ressalta que as conseqüências oriundas da aplicação da norma dita inconstitucional não podem ser simplesmente ignoradas pelo órgão julgador. É preciso que o Estado ao passo em que atribuí competência ao Tribunal para resguardar a Carta Magna, também possa assegurar a perpetuação da paz social. Destaca o Ministro que há diferencial entre a invalidade e a ineficácia de uma lei, e que apesar de inválida a norma pode ter sido eficaz em incontáveis relações sociais, das quais foram partes não só os jurisdicionados, mas também a Administração Pública. Assim escreve o Ministro Néri da Silveira, lamentando, à época, o não-acolhimento da emenda sugerida pelo, então Senador, Maurício Corrêa:

“Questão melindrosa, sem dúvida, é entre nós a que se refere à proteção de certos efeitos decorrentes da aplicação de leis, depois de declaradas inconstitucionais. Tive ensejo de aludir a essa matéria, no

¹⁰⁹ SILVERA, Néri da. **A Dimensão política do Judiciário e a nova Constituição**. Artigo publicado pela Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 41, n° 173, julho/setembro de 1988. p.p. 47 à 66.

¹¹⁰ MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 149.

voto proferido na Representação nº 1.418-5/ Rio Grande do Sul, onde se discutia a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais de efetivação em concurso público de milhares de servidores contratados, ao completarem dez (10) anos de serviços públicos. Observei na oportunidade:

‘Distintas, na ciência do Direito, a validade e a eficácia da norma jurídica – embora inválida a regra inconstitucional, poderá, por vez, no plano dos fatos, ser eficaz, consoante sucede, quando a lei inconstitucional é cumprida por seus destinatários ou aplicada pela administração (...)

Releva, a todo modo, observar, nesse sentido, 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, em maior ou menos extensão. **Em face disso, cumpre não serem, assim, por inteiro, ignoradas tais conseqüências, máxime, em razão da necessidade de o Estado garantir clima de segurança nas relações sociais, na ordem jurídica, e, notadamente, se foi o próprio Poder Público, revestido da presunção de legitimidade de seus atos, quem adotou a iniciativa de dar eficácia à norma, depois, judicialmente declarada inválida.**

Dessa maneira, a declaração judicial de inconstitucionalidade, em abstrato, da lei opera, *ex tunc*, tornando, em princípio, insubsistentes relações jurídicas, ilegitimamente constituídas à sombra de seus comandos, desde a edição, ou impedindo, em definitivo, em outros conseqüências de direito nela amparadas possam, com igual mácula, sobrevir no mundo jurídico. **Importa considerar, entretanto em concreto, por sua vez, em cada caso a eventual possibilidade de se desfazerem, total ou parcialmente, certos efeitos secundários dessas relações jurídicas, tornadas insubsistentes, resultantes da aplicação de lei inconstitucional, antes do decreto judicial de invalidade,** ou porque, a rigor, irreversíveis na ordem dos fatos, ou porque princípios outros do direito justifiquem ou aconselhem se resguardem ou se protejam tais conseqüências.’

Dessa maneira, com o dispositivo proposto, mas não acolhido, dar-se-ia ao Supremo Tribunal Federal assento normativo, notadamente, para que fosse viável, em circunstâncias especiais, certo

temperamento quanto aos efeitos da decisão, afastando, por vez, o rigorismo, ou em atenção à ‘segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo’, na expressão da regra da Constituição portuguesa.”¹¹¹ (sem grifo no original).

Importante ainda observar que todo o teor do artigo escrito pelo Ministro Néri da Silveira está contido no corpo da petição inicial da ADIN nº 2154 que propõe a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9868/99, tamanha é a sua repercussão no tocante ao tema ora analisado. Ou seja, na própria peça em que se requer a declaração de inconstitucionalidade do referido preceito, objetivando-se a sua conseqüente extirpação do ordenamento, encontra-se mencionada a relevância e a pertinência da norma esculpida no artigo 27 que autoriza o Supremo Tribunal Federal, frente a casos de excepcional interesse público e nos quais se faz indispensável à manutenção da segurança jurídica, limitar as conseqüências da decisão de inconstitucionalidade, ou ainda mais, determinar a partir de quanto a essa decisão judicial surtirá efeitos¹¹². Cite-se, por ser totalmente cabível, o entendimento de Lúcio Bittencourt, manifestado mais de trinta anos antes da publicação da Lei 9868, que só ocorreu no ano de 1999:

“É manifesto, porém, que essa doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de decreto judicial. O professor O. P. FIELD, que estudou longamente o assunto, demonstra que o referido princípio corporifica a doutrina tradicional, mas não pode ser considerado regra universal de direito - *it is not a universal rule of law*. E os tribunais têm que encontrar meios – e os têm encontrado – para salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar.”¹¹³

¹¹¹ SILVERA, Néri da. **A Dimensão política do Judiciário e a nova Constituição**. Artigo publicado pela Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 41, nº 173, julho/setembro de 1988, p.p. 54 e ss.

¹¹² No parecer elaborado pelo então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro na ADIN 2154, datado de 10 de dezembro de 2001 – documentação anexa: “Por último, em relação à impugnação do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, em que pese a discussão doutrinária a respeito do delicado tema da eficácia da decisão em sede de controle abstrato de normas, entendemos que o referido dispositivo legal não padece do vício de inconstitucional”.

¹¹³ Op. cit. p.p. 148 1 e 149.

Entretanto, inquestionável é que a nulidade *ipso jure* e *ab initio* da norma dita inconstitucional pode implicar sérios riscos à sociedade, considerando a inexistência no sistema jurisdicional brasileiro de prazo determinado para a pronúncia da nulidade¹¹⁴. Se a lei, antes de ser declarada destoante da Constituição, vigorou por certo tempo e nesse período ocorrer o aperfeiçoamento de incalculáveis relações jurídicas, conclui-se, claramente, que o dogma da nulidade absoluta deve ser passível comedimentos, sob pena de dar lugar a crises jurídicas e sociais e à violação do princípio da segurança jurídica. Dessa forma, Clèmerson Clève propõe uma diferenciação entre os efeitos que se operam no plano abstrato, ou seja, em uma esfera normativa, e aqueles que se propagam no âmbito das relações jurídicas concretas e assim avalia:

“É evidente que o fato de a sentença judicial implicar a nulidade *ab initio* da norma da normativa impugnada favorece a emergência de não poucos problemas. Inexiste prazo para a pronúncia da nulidade – já que a inconstitucionalidade decorre de vício, em princípio, insanável e, ademais, imune à prescrição – **considere-se o caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem-número de situações jurídicas. É indubitável que em semelhantes casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento**, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da proteção da confiança¹¹⁵.”(sem grifo no original)

A nulidade da norma inconstitucional e conseqüente subtração “retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro ‘caos’ jurídico ou de injustiça flagrante, ocasionando tremenda insegurança para

¹¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 212: “Assim, a admissão da retroatividade *ex tunc* da sentença deve ser feita com reservas, pois não podemos esquecer que uma lei inconstitucional foi eficaz até consideração nesse sentido, e que ela pode ter tido conseqüências que não seria prudente ignorar, e isto principalmente em nosso sistema jurídico, que não determina um prazo para a arguição de tal invalidade, podendo a mesma ocorrer dez, vinte ou trinta anos após sua entrada em vigor”.

¹¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.p. 250 e 251.

aqueles que pautaram seus atos pela lei inconstitucional.”¹¹⁶ A retirada da lei do mundo do Direito e, conseqüentemente da sociedade, não obstaculiza o surgimento de inúmeros conflitos a serem enfrentados pelo cidadão que recebe a notícia de que o dispositivo que fundamentava sua relação jurídica foi declarado inconstitucional e mais, que todos os efeitos dele decorrentes podem ser simplesmente tornados nulos. O julgador precisa ponderar não só acerca das repercussões jurídicas dos pronunciamentos de inconstitucionalidade, mas também sobre aquelas de caráter político e social.¹¹⁷

¹¹⁶SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.10.

¹¹⁷SARMENTO, Daniel. Ob. cit. p. 31: “Na verdade, o Supremo Tribunal, no exercício da sua magna função de protetor da Constituição, não pode quedar-se indiferente às conseqüências dos seus julgados.”

6 – Efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis no Brasil

6.1 – Considerações preliminares

Conforme já foi dito a Constituição Federal de 1988 não traz qualquer previsão relativa aos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade¹¹⁸¹¹⁹. Tal definição foi elaborada ao longo do tempo, com base no sistema norte-americano¹²⁰, tendo por foco o princípio da supremacia da constituição. Além disso, também já foi salientado que o controle de constitucionalidade brasileiro não está limitado a determinado período de tempo, o que implica a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma que perdurou por anos com plena eficácia. E nessa hipótese, tendo em vista outros princípios de mesmo *status* constitucional, como a segurança jurídica e a proteção do interesse público, pode haver a necessidade de mitigação do dogma da nulidade absoluta, até por aspectos de cunho social e político.

Sabe-se que não há um consenso acerca da natureza jurídica da decisão que declara a inconstitucionalidade, que a dada a complexidade do tema não é objeto dessa monografia, e nem mesmo quanto aos efeitos de tal declaração, posto que estão em confronto valores constitucionais sobremaneira importantes: a supremacia do texto constitucional e a segurança jurídica, ou seja, a estabilidade

¹¹⁸ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p. 120: “Não havendo no direito brasileiro regra constitucional expressa a respeito dos efeitos dessa sanção, deve-se apurá-la a partir do princípio da separação dos poderes e da distinção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos sistemas de controle difuso e concentrado.” (sem grifo no original)

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 415: “A ordem jurídica brasileira não dispõe de preceitos semelhantes aos constantes do § 79, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação. Não se deve supor, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade afeta todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional.”

¹²⁰ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p. 113.

das relações jurídicas e sociais. Entretanto, é preciso que se diga: para aqueles que entendem ser a decisão de inconstitucionalidade constitutiva¹²¹, configura-se conseqüência lógica a perpetuação dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional, posto que essa é válida até o momento em que se torna objeto da anulabilidade¹²². Maria Regina Ferrari é uma das autoras¹²³ que defende a característica constitutiva da decisão:

“Tendo considerado que a lei inconstitucional não é nula, mas simplesmente anulável, pois que produz efeitos normais até a decisão que assim a considera, e que, por isso mesmo, a sentença que a decreta é do tipo constitutivo, operando em regra efeitos para o futuro e que só em casos especiais, conforme admita o ordenamento jurídico, possa ocorrer a operatividade dos mesmos ao passado, resta-nos apreciar tais considerações face aos processos conhecidos para a arguição de inconstitucionalidade – ou seja, quando seja apreciada, em tese, como causa principal da ação, estabelecendo as características de cada uma das espécies citadas, na medida em que tais elementos possam orientar-nos

¹²¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 211: **“Porém, a lei, quando ingressa no mundo jurídico, está coberta pela presunção de validade, o que faz obrigatória a sua observância, sendo boa, sã e segura até que sua inconstitucionalidade venha a ser apurada e determinada pelo órgão competente, que em nosso caso é o Supremo Tribunal Federal.** Assim, a norma, por apresentar algum tipo de conflito com a Constituição, não é nula ou anulável, apenas padece do mais alto grau de invalidade, ou melhor, de inconstitucionalidade, **e a sentença que reconhece tal situação é, conforme Pontes de Miranda, constitutiva negativa**, posto que, declarando-a inconstitucional, por identificar um vício preexistente, acaba com a incerteza, 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. **Os efeitos dessa decisão podem retroagir à data de seu nascimento**, a partir da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo órgão que detém competência para tanto, muito embora os efeitos constitutivos da sentença sejam, em regra, prospectivos”. (sem grifo no original)

¹²² SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária.** Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p.p. 113 e 114: “Hans Kelsen, enfrentando o problema, consigna que a decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos de nulidade determinados pela ordem pública, é um ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado ‘nulo’. Donde não se tratar de decisão ‘declaratória’, não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é verdadeira anulação, uma anulação com força retroativa, pois se faz mister haver algo legalmente existente a que a decisão se refira. Logo, o fenômeno em questão não pode ser algo nulo *ab initio*, isto é, o não ser legal. É preciso que esse algo seja considerado como norma anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula *ab initio*.”

¹²³ Coaduna com o mesmo entendimento Myrian Passos Santiago. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária.** Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p.p. 113.

para a análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferida nesses casos.”¹²⁴

Em face dos problemas advindos da aplicação irrestrita da nulidade, entre eles a possibilidade da manutenção da norma inconstitucional no mundo jurídico¹²⁵, porquanto sua exclusão significaria o caos social, acentua-se a exigência de ponderação e valoração dos efeitos produzidos pela lei declarada divergente da Constituição¹²⁶. Surgem indagações sobre relações aperfeiçoadas pelos particulares, que munidos de boa-fé orientaram-se segundo determinava a norma que posteriormente foi declarada inconstitucional¹²⁷, tal como mencionado. E as posições dos doutrinadores brasileiros não são uniformes¹²⁸, como já salientado anteriormente¹²⁹. No entanto, os casos concretos fazem com que se conclua: é impraticável que o no sistema jurídico brasileiro seja aplicado irrestritamente o dogma da nulidade absoluta.

“Do exposto, pode-se extrair a ilação de que é impossível se atribuir, ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis, sem maiores reflexões, a aplicação irrestrita do dogma da nulidade da lei

¹²⁴ Op. cit. p. 137.

¹²⁵ SANTIAGO, Myrian Passos. Op. cit. p.118.

¹²⁶ 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**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 19, abril-junho. 1997. p. 294 e 295: “A decisão de inconstitucionalidade limita-se a reconhecer a nulidade da lei, ficando para o plano judicial concreto a solução das situações em que eventualmente a incidência de outros princípios constitucionais e valores (boa-fé, segurança, justiça, razoabilidade) aconselha a permanência no plano concreto de determinados efeitos produzidos”.

¹²⁷ MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 132: “A declaração de inconstitucionalidade produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado (art. 282 nº 1 CRP). Haverá efeitos danosos, resultantes da lei, que não sejam afastados pela eficácia *ex tunc* da decisão do Tribunal Constitucional? É um problema que não poderemos deixar de abordar”.

¹²⁸ SANTIAGO, Myrian Passos. Op. cit. p. 114: “Não há uniformidade, principalmente na doutrina, quer nacional, quer estrangeira, quanto aos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade. Entre nós, enquanto alguns defendem posições radicais, outros dão guarda a interpretações mais elásticas e moderadoras. A indagação que surge é saber como ficam as relações legítimas e de boa-fé que se estabeleceram na vigência da lei, ou na presunção de sua validade.”

¹²⁹ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 160: “A par da adoção do dogma da nulidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, é imperioso dizer que ele não é aceito por todos os autores.”

inconstitucional, sob pena de se ferir o princípio da separação de poderes, os institutos de preclusão previstos em nosso sistema jurídico e a estabilidade das relações jurídicas como instrumento de paz social.

Um caminho a ser seguido pela jurisprudência poderia ser o da atenuação do dogma quando 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 naturais efeitos; bem como não houvesse solução menos gravosa para a proteção do interesse.”¹³⁰ (sem grifo no original)

Diante da impossibilidade de aplicação absoluta da nulidade¹³¹ há, nos ordenamentos estrangeiros, a busca por um meio, uma técnica¹³² que possibilite a proteção das relações jurídicas constituídas na vigência do preceito declarado inconstitucional. E, entre tais mecanismos jurídicos, desenvolveu-se a desmistificação do dogma da nulidade absoluta. Há a percepção de que a nulidade com efeitos *ex tunc* não é a fórmula exclusiva de sanção aplicável à norma dita como incompatível com o texto da Lei Maior, pelos órgãos competentes. E assentasse no dispositivo do artigo 27 da Lei 9.868/99 exatamente essa perspectiva, qual seja, a viabilidade da mitigação da nulidade cabal. Myrian Passos comenta a técnica da anulação prospectiva, ou seja, a anulação para o futuro:

¹³⁰ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p.p. 120 e 121.

¹³¹ SANTIAGO, Myrian Passos. Op. cit. p. 125: “Não podemos afirmar, no entanto, que o dogma da nulidade do ato normativo inconstitucional deve ser aplicado incondicionalmente no direito brasileiro. A uma, a Constituição não é expressa no que tange aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema; a duas, se o dogma da nulidade absoluta estivesse consagrado em nosso sistema de controle de constitucionalidade, não haveria sentido o art. 52, X, da constituição, onde se prevê competência do Senado Federal para *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF*; a três, estar-se-ia cassando a competência de cada juiz para se pronunciar *incidenter tantum* sobre a constitucionalidade das leis.”

¹³² Parecer elaborado pelo então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro na ADIN 2154, em 10 de dezembro de 2001 – documentação anexa: “A hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade *ex tunc* patenteia solução razoável (em atenção às chamadas *rules of reason* ou se quiser, à proporcionalidade do direito tedesco), na medida em que se apresenta adequada à concessão dos fins da jurisdição constitucional, necessária por força da consolidação da situação de fato e, agora tomada em sentido estrito, proporcional, levando-se em consideração o meio utilizado e o fim colimado.”

“A técnica da anulação prospectiva tem-se desenvolvido nas jurisprudências constitucionais de outros países e nos tribunais supranacionais europeus, como alternativa a este problema específico do controle judicial das leis, qual seja, os efeitos da declaração de constitucionalidade no tempo. É o que noticia Mauro Cappelletti em sua obra citada, quando demonstra que tanto nos Estados Unidos, Alemanha e Itália, exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade.

Principalmente naquelas hipóteses em que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos e sua nulidade pode ocasionar graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas.”¹³³

Cabe ainda destacar que, em não raros casos, a obrigatoriedade da aplicação da nulidade absoluta de todos os efeitos resultantes da norma inconstitucional provoca a perpetuação da incompatibilidade, porquanto cassar os atos jurídicos pode ocasionar um problema ainda mais distante do escopo do direito que é a pacificação social¹³⁴. Em outras palavras, não seriam declaradas inconstitucionais diversas normas se não houvesse outro modo de reprimir o dispositivo inconstitucional senão a nulidade irrestrita. Os Tribunais Constitucionais precisam de instrumentos que tornem praticáveis as decisões atinentes à constitucionalidade das leis, sem promover o caos jurídico e social. Há, inclusive, notícias sobre a repercussão da anulação prospectiva junto aos tribunais norte-americanos:

“Pragmaticamente, a jurisprudência americana e seus comentaristas têm invocado o argumento de que se não se admitisse o pronunciamento prospectivo não se declararia a inconstitucionalidade de um grande número de normas. **A doutrina da absoluta e retroativa nulidade das leis**

¹³³ SANTIAGO, Myrian Passos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária**. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999. p. 118.

¹³⁴ SANTIAGO, Myrian Passos. Op. cit. p.p. 118 e 119: “Para Enterría, a técnica prospectiva permite graduar progressivamente a efetividade da Constituição sem o preço de uma comoção social a cada novo escalão. A alternativa real não é a retroatividade da nulidade, mas descobrir-se novos critérios de efetividade da Constituição, o estancamento de sua interpretação, a renúncia, levando os tribunais a cumprir sua função de fazer uma *living constitution*, adaptando-a paulatinamente às novas condições sociais, à realidade social do tempo em que irá ser aplicada.”

inconstitucionais constitui forte freio nos pronunciamentos de inconstitucionalidade.” ¹³⁵ (sem grifo no original).

A nulidade não é recurso único hábil a preservação da preeminência constitucional. Não obstante seja o modelo norte-americano utilizado na grande maioria dos países que adotou o controle jurisdicional de constitucionalidade¹³⁶, a decretação de inconstitucionalidade com efeitos retroativos, por questões óbvias, nem sempre tem o condão de reinstalar a segurança jurídica e a paz social no tocante a toda e qualquer demanda. Diante disso, surge, inevitavelmente a necessidade de mitigar o dogma da nulidade absoluta e tal constatação se deu, inclusive em meio ao sistema jurídico estadunidense, como apontado por Myrian Passos.

Com relação ao sistema jurídico nacional, ao Supremo Tribunal Federal deverá caber a análise das conseqüências das decisões que profere, isto porque a repercussão social da nulidade absoluta pode ser simplesmente desastrosa, gerando, inclusive, o descrédito do Poder Judiciário. “Na verdade, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua magna função de protetor da Constituição, não pode quedar-se indiferente às conseqüências dos seus julgados”.¹³⁷ Com efeito, torna-se de importância imensurável o que contido no artigo 27 da Lei 9868/99, porquanto o preceito regulamenta uma tentativa de romper com a interpretação histórica da declaração de inconstitucionalidade, que se encontra, aliás, em sintonia com as tendências mais atuais do direito comparado¹³⁸.

¹³⁵ SANTIAGO, Myrian Passos. Op. cit. p. 118.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.14.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. Ob. cit. p.31.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. Ob. cit. p.31.

6.2 - A técnica da decisão de apelo ao legislador

Segundo apontado por José Adércio Sampaio, existe “uma variedade de tipos de sentença de inconstitucionalidade em sede do controle preventivo (veto absoluto, veto relativo, quanto no âmbito do controle sucessivo)”¹³⁹. Há leis ou situações jurídicas submetidas ao controle jurisdicional que não se consubstanciam, ainda, em inconstitucionalidade. Tais hipóteses configuram o processo de inconstitucionalização, ou seja, o preceito objeto da fiscalização de constitucionalidade, está em vias de tornar-se inconstitucional. Diante dessa constatação, o órgão competente decide conclamar o legislador, para que, por meio do processo legiferante, supra a deficiência normativa constatada, pela correção ou adequação da situação ainda constitucional¹⁴⁰.

Ainda que o presente trabalho não tenha a menor ambição de esgotar o assunto, que é vasto, a técnica é citada como mais um traço de abandono da teoria da nulidade, empregada no Direito comparado. Esse procedimento merece destaque, tendo em vista que, não obstante seja reconhecida a constitucionalidade imperfeita da norma, retirá-la do ordenamento jurídico pode provocar situação jurídico-social ainda mais danosa do que a manutenção do dispositivo durante um determinado lapso temporal. A segurança jurídica, bem como a defesa do bem estar da coletividade legitimam as Cortes Constitucionais a buscarem instrumento que viabilize a manutenção da pacificação em meio à sociedade, quando se antevê a irremediável inconstitucionalidade e nulidade absoluta não for jurídica ou socialmente recomendável. Detalha o instituto Daniel Sarmiento:

“Trata-se, neste caso, de decisão em que o Tribunal reconhece a constitucionalidade da norma, mas alerta para o fato de que, em razão de mudanças das relações fáticas ou jurídicas, a mesma se encontra em trânsito para a inconstitucionalidade. A norma em questão ainda é

¹³⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.162.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 229.

constitucional, mas está se encaminhando para deixar de sê-lo. Nessa hipótese, declara-se a validade da norma, mas conclama-se o legislador a que proceda a sua correção – às vezes dentro de prazo determinado – para evitar que ela atinja as raias da inconstitucionalidade. Note-se, porém, que o apelo ao legislador se diferencia da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, porque no primeiro, ao contrário do que ocorre na segunda, se reconhece, pelo menos provisoriamente, a validade constitucional da norma impugnada.”¹⁴¹

A mencionada técnica semelhante à da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é empregada com grande freqüência nos julgados que se dão na Corte Constitucional alemã¹⁴² - “*Appellentscheidung*”¹⁴³. Há também o registro do emprego da técnica “das sentenças de apelo” na República Italiana, Romênia, Áustria e Portugal¹⁴⁴. Todavia é importante que se ressalte: “a utilização do ‘apelo ao legislador’ não colhe aplausos unânimes na doutrina”.¹⁴⁵ E assim não poderia deixar de ser, porquanto ainda que se apure a transposição para a inconstitucionalidade, opta-se pela declaração temporária da constitucionalidade, com sinalização para o Poder Legislativo de que providências precisam ser tomadas, a fim que em um futuro bem próximo não seja a decisão de inconstitucionalidade proferida. Em suma, esse procedimento configura-se em mais uma hipótese de abandono da teoria na qual afirma-se que inconstitucionalidade e nulidade são concepções indissociáveis. Em

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.p. 17 e 18.

¹⁴² SARMENTO, Daniel. Ob. cit. p. 17.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p.p. 229 e 230: “A expressão ‘*Appellentscheidung*’ foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga Juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, de sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador pra que empreendesse as medidas corretivas necessárias.”

¹⁴⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.175.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 238.

outras palavras configura-se em mais uma forma de relativização do dogma da nulidade.

6.3 – Pertinência do artigo 27 da Lei 9868/99 e as ADIN's n°s 2258 e 2154.

A relativização dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma no âmbito do controle concentrado foi anteriormente comentada nesse trabalho. Outrossim, foi indicado que o artigo 27 da Lei 9.868 materializa a limitação de tais efeitos e, conseqüentemente, a mitigação do dogma da nulidade absoluta. Foi positivada, com a referida norma, a atenuação da nulidade decorrente da norma inconstitucional, com base no princípio da segurança jurídica e do interesse social. A referida lei trouxe para o ordenamento brasileiro uma disposição, já existente em outros países, que guarda, não raras vezes, maior pertinência com a justiça do que a declaração irrestrita da extirpação de todas as conseqüências derivadas do ato que teve sua inconstitucionalidade apurada.

Constitui um dos objetos da ação de direta de declaração de inconstitucionalidade, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – ADIN 2154, o artigo 27 da Lei n° 9868. Além disso, posteriormente, fora intentada outra ação direta de inconstitucionalidade tendo por fundamento também a inconstitucionalidade do artigo citado - ADIN 2258 - proposta pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, que após ser distribuída ao Ministro Celso de Mello, esse reconheceu a identidade de objetos e remeteu-a ao Ministro Sepúlveda Pertence, relator da ADIN 2154. Impugna, a primeira requerente, o disposto no art. 27 da Lei n.º 9.868, de 1999, sob o argumento de que a disposição contraria os incisos I e II do artigo 5º da Constituição Federal, ao permitir a eficácia temporária da norma declarada inconstitucional. Não obstante, o preceito seja defendido por muitos estudiosos:

“Essa norma, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal estabeleça limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permite também que o **Supremo ao examinar a regularidade da lei em face da Constituição,**

não se atenha apenas, cegamente, aos aspectos jurídicos da questão, mas que ele possa cumprir, efetivamente, no desempenho de sua missão de guardião da Constituição, e seu intérprete máximo, a sua função mais importante, exatamente a de tomar a Constituição um instrumento vivo, adaptando-a às novas condições sociais.”¹⁴⁶ (sem grifo no original)

O artigo 27 da Lei nº9868, como já foi citado não se consubstancia em modelo isolado. O sistema austríaco permite a atribuição de efeitos *ex tunc*, em casos excepcionais, à declaração de nulidade decorrente da inconstitucionalidade da norma¹⁴⁷. Também em outros sistemas normativos tornou-se possível a delimitação das conseqüências da nulidade acarretada pela declaração de inconstitucionalidade ou ainda a fixação de lapso temporal durante o qual a lei ainda sobreviverá no ordenamento jurídico¹⁴⁸. Faz-se imprescindível, em tais situações, a ponderação entre valores de muita relevância no Estado Democrático de Direito, a supremacia da Constituição e a busca pela segurança jurídica e proteção do interesse social. Conforme ensina o Ministro Gilmar Mendes, o preceito referido encerra uma reprodução do artigo 282 da Constituição da República Portuguesa.¹⁴⁹

“A disposição contida no art. 27 da Lei nº 9868, de 1999, introduziu expressamente uma nova modalidade de decisão no direito brasileiro, à semelhança da fórmula consagrada no direito português, que, no art. 282 (4), da Constituição, estabelece fórmula que autoriza o Tribunal Constitucional a limitar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade

¹⁴⁶ LIMA, Fernando Machado da Silva Lima. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – análise do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.99.** www.geocities.com/profpit/efeitosdadeclaracaodeinconstitucionalidade.html. Impresso em 13/08/2003.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro.** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo.** Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002. p. 445.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 444. “Como se sabe, o modelo austríaco consagra fórmula que permite ao Tribunal assegurar a aplicação da lei por período que não exceda 18 meses. Ressalte-se que o prazo a que se refere o art. 27 tem em vista assegurar ao legislador um período adequado para a superação do modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional. Assim, ao decidir pela fixação de prazo, deverá o Tribunal estar atento a essa peculiaridade.”

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 435.

com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo.”

Consoante preceitua o dispositivo legal mencionado, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e, tendo em conta razões de segurança jurídica ou de interesse social, poderá restringir os efeitos de tal declaração ou decidir que ela só venha a ter eficácia a partir de uma data fixada ou após o trânsito em julgado da decisão na qual fora constatada a divergência existente entre a norma e a Constituição Federal. Esse procedimento será possível havendo a concordância de dois terços dos membros da Suprema Corte. A norma discutida viabiliza, de forma direta, a consideração pelo Supremo Tribunal Federal do peso de suas decisões e a repercussão destas não só em âmbito jurídico ou político, mas também social¹⁵⁰, não obstante continue subsistindo no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade da retroação *ex tunc*.¹⁵¹

No sistema constitucional português, segundo explica Regina Ferrari¹⁵², reconhece-se a obrigatoriedade às normas inconstitucionais, até a decisão judicial em contrário, ou seja, a norma, cujo teor é declarado destoante dos preceitos constitucionais, ocasiona efeitos durante o lapso temporal em que seu conteúdo não é dito inconstitucional – artigo 282, n.ºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa¹⁵³. E é essa a norma transportada para o ordenamento

¹⁵⁰ No parecer elaborado pelo então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro na ADIN 2154, datado de 10 de dezembro de 2001 – documentação anexa, há a seguinte afirmação: “O art. 27, em verdade, positiva a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, técnica já dotada há algum tempo no direito alemão. Segundo a doutrina tedesca, esta técnica de decisão em controle concentrado de constitucionalidade é admitida quando a não-aplicabilidade da lei declarada inconstitucional possa resultar vácuo normativo no ordenamento vigente”.

¹⁵¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4^a ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1999. p. 195: “O fato de ser a lei ou ato normativo inconstitucional simplesmente anulável não quer dizer que não possamos admitir a anulabilidade com força retroativa. Sendo assim, aceitamos o caráter constitutivo da sentença que reconhece a inconstitucionalidade, mas o fato de a invalidade da lei defluir de uma decisão desta espécie não significa que julgamos que os efeitos daí de correntes possam existir somente após a data da sentença, o que, apesar de ser, não pode ser levada a termos absolutos.”

¹⁵² Op. cit. p. 198.

¹⁵³ MIRANDA, Jorge, APUD, FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 198. “O sistema constitucional português adota um regime multifacetado, que reflete o papel de diferentes princípios e institutos e a variedade de situações da vida.”

jurídico brasileiro por meio do artigo 27 da Lei 9868. De acordo com o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Supremo Tribunal Federal, nos moldes do supramencionado artigo, poderá, diante do controle abstrato de constitucionalidade da norma, proferir uma das seguintes decisões:

- “a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*);
- b) declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade, com efeito, *pro futuro*) e, eventualmente;
- c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro do prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade = restrição de efeitos)”.¹⁵⁴

Sabe-se que o princípio da nulidade continua a ser a regra no sistema jurídico brasileiro. Entretanto, em casos de contornos singulares, nos quais estejam ameaçados o interesse social relevante ou a segurança jurídica, o legislador permitiu à Suprema Corte pátria, cujo objetivo maior é a guarda da Constituição Federal, diante dos votos de dois terços de seus membros, afastar a incidência do citado princípio, restringindo ou delimitando os efeitos da invalidade da lei declarada inconstitucional¹⁵⁵. A nulidade dos atos praticados sob a vigência da norma invalidada é a regra¹⁵⁶, que somente poderá ser afastada, se restar demonstrada a imprescindibilidade da limitação de seus efeitos.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002. p.444.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 280: “Ressalte-se, ainda, que, admitido, entre nós, o processo de inconstitucionalização da lei, há de se contemplar, igualmente, o estabelecimento de limites quanto à ineficácia retroativa, não se afigurando possível afirmar, nessa hipótese, a nulidade *ex tunc*.”

¹⁵⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 194: “Temos, então, bem salientado que os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art. 102, I, a, atingem toda a coletividade, tendo tais decisões, portanto, efeitos *erga omnes*, porém, como bem nos ensina Kelsen, a anulação,

“É interessante notar que essa orientação não obsta que se admita o desenvolvimento de fórmulas intermediárias entre a nulidade e a simples declaração de constitucionalidade, tanto com o fundamento na necessidade de uma nova forma de censurar para atender os casos especiais (v.g., omissão inconstitucional), quanto com base em um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, a idéia de segurança jurídica.”¹⁵⁷

É incontestável que por se tratar da excepcionalidade, o legislador cuidou do tema com a máxima cautela, destacando, inclusive, no que tange ao aspecto procedimental, a necessidade de um *quorum* qualificado para a limitação dos efeitos advindos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Ademais disso, explicitou em que situações essa mitigação da nulidade absoluta poderia ocorrer. “O legislador fixou, destarte, os termos fundamentais da ponderação a que será submetido o princípio da nulidade da lei inconstitucional: a exigência de quorum extraordinariamente qualificado, e oposição do princípio da nulidade à segurança jurídica e ao excepcional interesse social”¹⁵⁸. Não se discute aqui, tão-somente, acerca da irradiação dos efeitos de preceito já declarado inconstitucional, discute-se sim, a perpetuação da paz social, escopo primeiro do Direito, em situações em que a retroatividade da declaração poderia acarretar uma série de prejuízos irreparáveis.

Ressalte-se que na peça inaugural da ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – ADIN 2154 - foi indicado como fundamento da dissonância entre a o artigo 27 e a Carta Federal apenas a impossibilidade de se permitir o afastamento da nulidade absoluta. “Norma inconstitucional é nula. Não pode ser admitido procedimento capaz de afastar a possibilidade de que a declaração definitiva, por parte do Supremo Tribunal Federal, do mais grave vício legislativo, não acarrete a nulidade da lei” (página 8 da petição inicial – ADIN 2154 – documentação anexa). É essa a argumentação exposta na peça inaugural da ADIN 2154.

comportando graus, se projeta não só em relação a sua importância (força), como até aqui vem sendo analisada, mas também em relação ao tempo, o que deverá ser motivo de análise.”

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

¹⁵⁸ SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União nas informações elaboradas na ADIN 2154 – documentação anexa.

Cumpra-se destacar que não foram apontadas, pela requerente, outras bases jurídicas que obstaculizassem a aplicação da restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Destaque-se que a peça contém em seu bojo, não obstante seja instrumento de impugnação do artigo referido, comentários de grande relevância acerca da relativização da nulidade absoluta feitos pelo Ministro Néri da Silveira, em trabalho publicado pela Revista Arquivos do Ministério da Justiça, cujo teor foi mencionado em capítulos anteriores desta monografia. Defendeu-se, por tradição, o dogma da nulidade como se esse fosse o único meio hábil à preservação dos ditames constitucionais.

Em face das demandas, objetos do controle de constitucionalidade, que carregam consigo situações fáticas, cada vez mais complexas, torna-se incontroversa a necessidade da adoção de uma mitigação da nulidade absoluta¹⁵⁹, imposta à lei viciada de inconstitucionalidade, e, conseqüentemente, a aceitação da pertinência do conteúdo do artigo 27 da Lei 9868¹⁶⁰. Todavia, para alguns é incompreensível que se queira conceder efeitos, ainda que limitados, a uma norma que foi expressamente declarada inconstitucional. A princípio, significaria a negação do próprio texto constitucional¹⁶¹, o que restaria incompatível com o sistema jurídico pátrio.

Surge, no entanto, um questionamento: diante de situações concretas específicas, nas quais a realidade social exija mais do simplesmente a aplicação reta da lei e a extirpação da norma inconstitucional do mundo jurídico, não seria possível, de forma legítima, flexibilizar a teoria da nulidade absoluta? É inerente ao sistema legislativo brasileiro a presunção de validade das leis inseridas

¹⁵⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999. p. 206 – citação: Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. IV, parágrafos 365, n. 5 e 360, n. 2, in Becker, *Teoria geral do direito tributário*, p. 416: “A lei inconstitucional é, portanto, anulável, já que existiu validamente até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considera. Dizer que a mesma é simplesmente nula, já que inválida desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade do mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e neste não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, ‘pois fora do mundo jurídico não reversibilidade do tempo’”.

¹⁶⁰ SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União nas informações elaboradas na ADIN 2154 – documentação anexa.

¹⁶¹ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1958. p. 130.

no ordenamento jurídico¹⁶². Diante disso, como já foi mencionado, o jurisdicionado fica obrigado a orientar-se por tais normas que posteriormente podem vir a ser declaradas inconstitucionais, entretanto os efeitos oriundos do preceito do qual antes se podia deduzir a validade e a inconstitucionalidade não podem ser simples e nocivamente fulminados. Inegavelmente, confrontam-se, em muitos casos, dois princípios de igual hierarquia constitucional: a nulidade da norma inconstitucional e a segurança jurídica. Sustenta André Serrão:

“A questão decisiva para manifestar-se acerca da legitimidade dessa autorização legislativa reside, portanto, em definir se os princípios da segurança jurídica e o excepcional interesse social possuem status constitucional. Se o possuírem, sua ponderação com o princípio da nulidade da lei inconstitucional – tal como expressamente autorizada pelo legislador – será indubitavelmente legítima”¹⁶³.

Sabe-se, pois, que o princípio da nulidade possui *status* constitucional. Todavia, não se pode duvidar que o interesse público, bem como a segurança jurídica, também possuam previsão no texto da Carta Constitucional, posto que o Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal) assegura aos jurisdicionados o mínimo de estabilidade nas relações jurídicas^{164 165}. Ademais, o interesse particular, no âmbito do Direito Público, é preterido em razão do interesse público, com a finalidade de que se preserve a paz social, escopo último do Direito. Sendo assim, não pode o jurista simplesmente renegar as relações

¹⁶² POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 106 “A presunção de constitucionalidade da lei decorre do processo legislativo de onde emanou. Na verdade, O Congresso Nacional a provou, e se assim o fez, submeteu-se ao crivo do exame das Comissões de Constituição e Justiça, das duas Casas. Depois disso, uma vez aprovado pelo Congresso, o projeto de lei foi ao Presidente da República para sua sanção ou veto. Ora, se o mais alto magistrado da Nação aderiu ao projeto, transformando-o em lei, foi porque, também, não o julgou contrário à Lei Maior, pois teria o dever de vetá-lo por inconstitucionalidade. Disso decorre a presunção da constitucionalidade da lei. Dois Poderes, presumidamente, zelosos estão a cancelar a sua validade. Para o outro Poder, o Judiciário, invalidá-la, afirmá-la nula e írrita, há de ter motivos fortes e certezas indiscutíveis, não frágil razão ou dúvidas perturbadoras”.

¹⁶³ SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União nas informações elaboradas na ADIN 2154 – documentação anexa.

¹⁶⁴ SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União nas informações elaboradas na ADIN 2154 – documentação anexa.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 380.

fundamentadas na norma que somente agora é dita inconstitucional¹⁶⁶. Importante se faz transcrever parte do teor do parecer do Ministério Público Federal elaborado na ADIN 2154:

“Afora o debate doutrinário acerca da subsistência da norma por inconstitucional, ainda que por breve período, no ordenamento jurídico, o substrato da norma inserta no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 é inegavelmente pragmático. A valer, ainda que pronunciada a nulidade do diploma inconstitucional, com a tradicional declaração de eficácia *ex tunc* do pronunciamento, é inegável a possibilidade de situações cujo ‘desfazimento’ reste impossibilitado.

Nesse passo, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade não seguida de seu consectário tradicionalmente considerado, que é a eficácia retroativa de tal decisão, de sorte a expurgar do ordenamento a norma contrastante com a Lei Maior, em tudo atende à finalidade maior do Direito que é a pacificação e ordenação sociais.”¹⁶⁷

Outro aspecto a ser analisado é a possibilidade de aplicação do artigo 27 da Lei 9868/99 aos processos submetidos ao controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Conforme fora ressaltado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, não obstante o dispositivo mencionado tenha possibilitado ao “Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso”¹⁶⁸. A questão fora suscitada perante o Plenário da Suprema Corte, no Recurso Extraordinário n° 197.917-8 e na Medida Cautelar em

¹⁶⁶ MEDEIROS, Rui. Op. cit. p. 132: “A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não destrói, forçosamente, os efeitos jurídicos produzidos pela lei contrária à Constituição: por um lado, o Tribunal Constitucional pode limitar no tempo os efeitos da inconstitucionalidade e dispor que eles só operam a partir da publicação da sua decisão (art. 282 n° 4 CRP); por outro lado, as relações jurídicas consolidadas ao abrigo da lei inconstitucional não são, em regra, atingidas pela declaração de inconstitucionalidade. O respeito pelos efeitos produzidos pela norma inconstitucional postulará, igualmente, a rejeição das pretensões de indemnização com fundamento no ilícito legislativo? Ou, pelo contrário, afectará apenas os efeitos principais da conduta inconstitucional?”

¹⁶⁷ Parecer elaborado pelo então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro na ADIN 2154, em 10 de dezembro de 2001 – documentação anexa.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Voto-vista proferido no Recurso Extraordinário n° 197.917-8. Julgamento de 24.03.2004.

Reclamação nº 2.391-5. As palavras contidas no voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no RE nº 197.917-8/SP merecem transcrição:

“No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

Sem dúvida, afigura-se relevante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de norma sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso.”¹⁶⁹

No julgamento do primeiro processo, restou consignada a possibilidade da utilização da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso. Assim foi noticiado pelo Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 341, de 22 a 26 de março, síntese que merece destaque, posto que guarda total pertinência com o objeto desse trabalho:

“Concluído o julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, de menos de três mil habitantes, que fixara em 11 o número de vereadores da Câmara Municipal, por entender que tal número não se afastou dos limites constantes do art. 29, IV, a, b e c, da CF/88 - v. Informativos 160, 271, 274, 304 e 333). O Tribunal, por maioria, acompanhando o Min. Maurício Corrêa, relator, conheceu e deu parcial provimento ao recurso, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei 226/90, do citado Município, por considerar que o art. 29 da CF/88 estabelece um critério de proporcionalidade aritmética para o cálculo do número de vereadores, não tendo os municípios autonomia para fixar esse número discricionariamente, sendo que, no caso concreto, o Município em questão deveria ter 9 vereadores, sob pena de incompatibilidade com a proporção determinada constitucionalmente. **O Tribunal determinou, ainda, que, após o trânsito em julgado, a Câmara de Vereadores adote as medidas cabíveis para adequar sua**

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Voto-vista proferido no Recurso Extraordinário nº 197.917-8. Julgamento de 24.03.2004.

composição aos parâmetros ora fixados, respeitados, entretanto, os mandatos dos atuais vereadores. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello que, na linha da orientação firmada pelo TSE no julgamento do RMS 1945/RS (DJU de 20.5.93), conheciam, mas negavam provimento ao recurso extraordinário. Leia na seção de Transcrições deste Informativo, trechos do voto condutor da decisão. RE 197.971/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, 24.03.2004”.¹⁷⁰ (sem grifo no original)

Nos termos da decisão proferida, a Lei Orgânica do Município de Mira Estrela que fixara em 11 o número de vereadores da Câmara Municipal foi declarada inconstitucional, não obstante os efeitos de tal disposição normativa tenham sido preservados. Obviamente, considerou-se o desequilíbrio social e a insegurança jurídica que seriam originados se houvesse a sumária eliminação de todos os efeitos da mencionada lei, quais sejam: todos os projetos de lei municipais votados pela Câmara Municipal de Mira Estrela. A hipótese é de caos, uma vez que todas as leis municipais votadas pelos atuais componentes da Câmara restariam nulas. Por tal razão, determinou o Tribunal que fossem respeitados os mandatos atuais.

O tema relativo à compatibilidade de decisões nos modelos concreto e abstrato não é exatamente novo e foi, anteriormente, suscitado, como salientado anteriormente, na Áustria, ambiente no qual se desenvolveu a teoria da relativização do dogma da nulidade e propagação da anulabilidade como sanção a ser imputada ao ato declarado inconstitucional. E pelo resultado do julgamento do RE 197.971/SP, conclui-se que o teor do artigo 27 da Lei 9868/99 foi aplicado à fiscalização constitucional em sede de controle concreto ou difuso, o que fulmina toda e qualquer dúvida que circunde a questão da admissibilidade de utilização da restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, seja esta prolata no âmbito do controle abstrato ou concreto.

¹⁷⁰ Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 341, de 22 a 26 de março de 2004.

“Essas colocações têm a virtude de demonstrar que **a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos**. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. **Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas**. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.”¹⁷¹ (sem grifo no original)

A interpretação jurídica deve evoluir, acompanhando as mudanças advindas da sociedade, não sendo plausível, por isso, a desconsideração das modificações introduzidas no meio social por uma norma oriunda do parlamento. A simples assinatura de uma decisão que declara inconstitucional lei aplicada a milhares de casos não irá subtrair os efeitos desta mesma norma de maneira razoável e ordeira (artigo 5º, inciso XXXVI), tanto jurídica, quanto socialmente falando. Antes do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o preceito é válido e produz todos os seus efeitos¹⁷². Negar suas conseqüências não garante aos jurisdicionados a segurança e justiça que eles legitimamente esperam do Poder Judiciário (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal). Diante das transformações sociais e jurídicas a mitigação da nulidade absoluta tornou-se imperiosa no ordenamento brasileiro, tanto o é que o legislador positivou tal necessidade no artigo 27 da 9868/99.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Voto-vista proferido no Recurso Extraordinário nº 197.917-8. Julgamento de 24.03.2004.

¹⁷² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 196: “Antes da decisão acerca da inconstitucionalidade, a norma é tida como válida e passível de produzir todos os seus efeitos, e só após o pronunciamento de sua invalidade é que deixará de obrigar, não obstante o vício que propiciou tal consideração ter surgido no momento de sua feitura.” (sem grifo no original)

7. Conclusão

Por tudo o que foi dito, é inegável que a declaração de inconstitucionalidade pode e deve, em alguns casos específicos, nos quais haja relevante interesse social e ameaça à segurança jurídica, ter seus efeitos limitados¹⁷³. Assim sendo, há hipóteses em que o pronunciamento da Colenda Corte acerca de determinada norma dita inconstitucional não terá eficácia *ex tunc*, mas sim uma eficácia programada, de modo que não provoque o caos social. Há, então, a ponderação entre valores de grande importância, quais sejam a extirpação total e absoluta da norma declarada inconstitucional e os interesses que poderiam ser sacrificados em decorrência da decisão.

A manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade permite à Suprema Corte brasileira que aproxime os ditames constitucionais da realidade social provocada pelo sistema de controle de constitucionalidade que não institui prazo médio para a apreciação do conteúdo da lei pelo Poder Judiciário. Dessa forma, serão sopesados valores sobremaneira importantes à sociedade: a supremacia da Constituição e a segurança jurídica das relações. Em tal análise de valores, exige-se dos membros da Suprema Corte alto grau de conhecimento técnico-jurídico aliado ao bom senso, que deve ser característico daqueles que compõem as Cortes Constitucionais. Há de ser considerada, ainda, a relevância precípua do princípio, também de *status* constitucional, qual seja, o princípio da proporcionalidade.

“Vê-se, pois, que também entre nós, terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente a proporcionalidade em sentido estrito, 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

¹⁷³ No parecer elaborado pelo então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, em 10 de dezembro de 2001, na ADIN 2154 – documentação anexa: “Assim, relevante notar que em casos excepcionais, como se denota da interpretação da Lei 9.868/99, autoriza-se, e é salutar que o faça, em nome da segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal adotar eficácia distinta da *ex tunc* no juízo de constitucionalidade, podendo ser esta *ex nunc, pro futuri* ou outra que a Excelsa Corte venha a fixar.”

eventualmente sacrificados em conseqüência da declaração de inconstitucionalidade.”¹⁷⁴

A gama de idéias lançadas não só aqui, mas em uma série de trabalhos anteriores e de grande relevância, leva a uma conclusão lógica que se consubstancia na hipótese de que, em razão de segurança jurídica e proteção dos interesses sociais, o Supremo Tribunal Federal, poder limitar a repercussão da nulidade imposta à norma declarada inconstitucional¹⁷⁵. A restrição, repita-se, não é regra, é excepcionalidade, mas uma excepcionalidade que merece todo o destaque e estudos que lhe são devidos. Lúcio Bittencourt frisa que o objetivo não é a propagação da insegurança institucional:

“Da mesma sorte as relações jurídicas que se constituírem, de boa-fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em conseqüência do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem a coisa soberanamente julgada perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002. p. 444.

¹⁷⁵ LIMA, Fernando Machado da Silva Lima. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – análise do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.99**. www.geocities.com/profpit/efeitosdadeclaracaodeinconstitucionalidade.html. Impresso em 13/08/2003: “É importante observar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o tema da inconstitucionalidade em tese, cujo deslinde atingirá, necessariamente, a todos os jurisdicionados que se encontrem em determinadas situações regidas pela norma cuja inconstitucionalidade esteja sendo argüida, deverá considerar, também, as conseqüências que se sua decisão advirão em relação a todas as situações jurídicas já criadas a partir do controle difuso. Dessa forma, as decisões das instâncias inferiores, que tenham gerado direitos concretos e até mesmo ganhos pecuniários para as partes envolvidas nas questões judiciais, não poderão ser desconstituídas, em decorrência da decisão em sede de Ação Direta.”

¹⁷⁶ **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968. p. 147. “Vale salientar, outrossim, que esse princípio pelo qual os efeitos da decisão declaratória operam *ex nunc* não pode ser entendido em termos absolutos. Assim, por exemplo, quanto às leis anteriores à Constituição, os efeitos da sentença não afetam a lei no seu berço, mas, apenas, a invalidam a partir da data em que se estabeleceu a nova ordem constitucional”.(sem grifo no original)

Em não raros casos, o julgador precisa, para analisar a questão que lhe é apresentada, de muito mais do que os diplomas legais; precisa, como já foi dito, de bom senso, sensibilidade social, tendo em vista que os atos normativos são letras que nem sempre abrangem todas as situações que a realidade vivenciada pela sociedade pode criar. “Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”.¹⁷⁷ A busca pela supremacia absoluta dos preceitos constitucionais pode gerar prejuízos irreparáveis, assim como a insegurança social e jurídica. De acordo com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes: “Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade, com efeito, exclusivamente *pro futuro*”.¹⁷⁸

A problemática se agiganta quando a segurança jurídica e o interesse público devem ser guardados pela Corte Constitucional. Esta deve considerar e avaliar minuciosamente as repercussões advindas dos pronunciamentos feitos por seus membros. Não basta para a sociedade que a lei examinada seja extirpada do ordenamento jurídico, tendo em conta seu conteúdo inconstitucional, é preciso que ela também seja eliminada do mundo social sem trazer para a vida dos cidadãos a insegurança jurídica e a incredibilidade do Poder Judiciário. O Ministro Leitão de Abreu, ademais, já havia demonstrado toda a sua preocupação com a repercussão da declaração de nulidade de retroatividade *ex tunc*. A transcrição das sábias palavras do mencionado Ministro é, indubitavelmente, oportuna:

“(...) Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Jûris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. **A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstancias**, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleçam relações entre o

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p.p. 270 e 271.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Voto-vista na Medida Cautelar em Reclamação nº 2391-5, proferido em 18/12/2003.

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**".¹⁷⁹ (sem grifo no original)

Não cabe aqui negar o *status* constitucional do princípio da nulidade da lei que discrepa do texto da Carta da República¹⁸⁰. Entretanto, ainda que a norma destoante da Constituição não possa subsistir, nem possam ser perpetuadas conseqüências oriundas desta, é imprescindível que se avalie a necessidade e a conveniência de declarar sem efeitos quaisquer relações travadas ou direitos adquiridos pelos jurisdicionados, durante o período no qual tal ato normativo vigorou com presunção de constitucionalidade. Sendo assim, materializa medida de segurança que os reflexos da nulidade absoluta dos dispositivos declarados inconstitucionais sejam objetos de estudo. Conforme a lição do Professor Alfredo Buzaid: "Não se deve perder de vista nunca que a função do Judiciário não é *julgar a lei*, declarando-a nula; mas sim subtrair-lhe a aplicação, quando ela está viciada de inconstitucionalidade"^{181 182}.

A mitigação do dogma da nulidade absoluta passa a ser necessidade não só jurídica, mas também social. Ao hermeneuta, em todos os tempos, foi imposto o ônus de repensar a lei e acatar a idéia de modificação da norma, para o alcance da pacificação social. É o que inegavelmente ocorre com a incorporação, ao ordenamento jurídico pátrio, da Lei 9868/99, sobretudo o artigo 27. É preciso que se entenda: a restrição da nulidade como hipótese excepcional, como possibilidade de ponderação razoável acerca dos efeitos destrutivos que podem ser acarretados pela declaração de inconstitucionalidade de eficácia retroativa. São

¹⁷⁹ Ministro LEITÃO DE ABREU, Relator do RE nº 79.343 – Bahia de 31.05.1977.

¹⁸⁰ SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União nas informações elaboradas na ADIN 2154 – documentação anexa.

¹⁸¹ Op. cit. p. 87.

¹⁸² No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 257: "O Supremo Tribunal Federal limita-se a proferir a declaração de inconstitucionalidade (*nulidade*) ou a afirmar a constitucionalidade, eventualmente com a utilização da interpretação conforme à Constituição."

comparados e analisados, nessa oportunidade, dois princípios igualmente constitucionais, quais sejam: a nulidade da norma que diverge da Carta Magna e a manutenção da segurança jurídica, bem como a proteção do interesse público.

“Se tem presente que é somente a possibilidade de uma tal ponderação o que o legislador veio a facultar à Corte Constitucional, é forçoso concluir pela sua legitimidade, pois os princípios em face dos quais será ponderado o princípio da nulidade da lei inconstitucional possuem hierarquia igualmente constitucional.”¹⁸³

No procedimento de manipulação dos efeitos a ser exercido, por meio de votação qualificada pela Corte Suprema do Brasil, outras questões ocupam os julgadores, de forma que esses declarem a inconstitucionalidade que decorre da divergência entre a lei e a Constituição Federal, entretanto sem elidir com todas as relações jurídicas travadas na vigência desta – período que perdura entre a publicação da norma e a decisão de inconstitucionalidade. Isso significa que os Ministros precisam considerar a necessidade de se resguardar algo mais que a pura disposição normativa, denota o cuidado com princípios tão importantes quanto o da soberania da Constituição Federal, dentre eles a manutenção da ordem jurídica e o interesse coletivo. Os jurisdicionados são protegidos, nesses casos particularizados, uma vez que nem sempre a nulidade decorrente da declaração de inconstitucionalidade expressa a proximidade do julgamento e da Justiça.

Conclui-se, por todo o exposto, que o artigo 27 da Lei 9868 nada mais representa do que a positivação de norma relevante já analisada e acatada pelos juristas antes mesmo do advento do diploma legal. Significa a legitimação de preceito sobremodo importante para a garantia da pacificação social – inerente ao Estado de Direito, qual seja a mitigação da nulidade absoluta da lei eivada de inconstitucionalidade. Isto porque, a nulidade não é resultado lógico da inconstitucionalidade, como já afirmaram renomados autores brasileiros e tal como foi admitido por outros ordenamentos jurídicos. Outrossim, é preciso ainda ressaltar que o processo legislativo adotado no sistema brasileiro, bem como o princípio da

¹⁸³ SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União nas informações elaboradas na ADIN 2154 – documentação anexa.

tripartição dos poderes, implicam à presunção de legitimidade e constitucionalidade das normas emanadas do Congresso Nacional.

Ademais disso, institucionalizou-se a ampliação da capacidade decisória da Corte Constitucional brasileira, permitindo uma ponderação adequada entre os valores constitucionais envolvidos e aqueles afetados pela declaração, sendo assim “seria legítimo supor que a concessão à Corte Constitucional de faculdade semelhante àquela inscrita no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, é, antes, exigida pelo complexo sistema constitucional brasileiro”¹⁸⁴. O Supremo Tribunal Federal pode e deve conter os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tratando-se de hipóteses particularizadas, nas quais a invalidação absoluta dos atos praticados com respaldo na lei “inconstitucional” implicará malefícios para a sociedade.

¹⁸⁴ SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União nas informações elaboradas na ADIN 2154 – documentação anexa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Leitão de. Relator do RE nº 79.343 – Bahia de 31.05.1977.

BARACHO JR., José Alfredo de Oliveira. Efeitos do pronunciamento judicial de inconstitucional no tempo. Teoria Geral do Processo Civil – Cadernos da Pós-Graduação, UFMG, 1995.

BITAR, Orlando. Obras completas de Orlando Bitar - Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. A lei e a constituição. V.I. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968.

BRINDEIRO, Geraldo. Parecer elaborado na ADIN 2154, em 10 de dezembro de 2001 (documentação anexa).

BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro, São Paulo: Ed. Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª 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. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 19, abril-junho, 1997.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Christina Aires Correa. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 27, abril-junho. 1999.

MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos. Coimbra:Livraria Almedina, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

_____ A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE nº 122.202. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, nº 3, janeiro/abril, 1995 nº 72.

_____ A declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de carácter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro. As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo, Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. Ed. América Jurídica. Rio de Janeiro, 2002.

_____ Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. Celso Bastos Editor. São Paulo: 1998. p. 415

_____ Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos. Editora Saraiva: São Paulo, 1990.

_____ Voto-vista na Medida Cautelar em Reclamação nº 2391-5, proferido em 18/12/2003.

_____ Voto-vista proferido no Recurso Extraordinário nº 197.917-8. Julgamento de

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

POLETTI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e Constitucionalidade. Belo Horizonte: Lê, 1991.

SAMPAIO, André Serrão de Sampaio, Consultor-Geral da União. Informações elaboradas na ADIN 2154 (documentação anexa).

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. Revista de Processo, Ano 24, abril-junho de 1999.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coords.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.10.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVERA, Néri da. A Dimensão política do Judiciário e a nova Constituição. Artigo publicado pela Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 41, nº 173, julho/setembro de 1988.