

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:
REPERCUSSÃO PARA OS CONTRIBUINTES**

Carlos Flávio Venâncio Marcílio

Brasília-DF
2008

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:
REPERCUSSÃO PARA OS CONTRIBUINTES**

Carlos Flávio Venâncio Marcílio

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Gilmar Mendes

Brasília – DF
2008

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:
REPERCUSSÃO PARA OS CONTRIBUINTES**

Carlos Flávio Venâncio Marcílio

Orientador: Prof. Gilmar Mendes

Banca:

RESUMO

A presente dissertação tratará da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e a sua repercussão para os contribuintes. No ordenamento jurídico brasileiro, em razão do princípio da constitucionalidade e da nulidade da lei inconstitucional, a doutrina e a jurisprudência consideravam a lei inconstitucional nula e, conseqüentemente, os seus efeitos deveriam ser desconstituídos desde a sua entrada em vigor. Contudo, a diversidade e a complexidade das relações jurídicas e das situações da vida exigem uma técnica alternativa de decisão, que privilegie a segurança jurídica ou outros princípios e interesses constitucionais, vez que a desconstituição retroativa da lei inconstitucional pode gerar, em alguns casos, maiores gravames do que a manutenção dos seus efeitos. Neste sentido, apesar da jurisprudência já proceder a modulação dos efeitos da lei inconstitucional em alguns casos, surge o artigo 27 da Lei 9.868/99 que, de maneira expressa, admite e regula a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário é controversa, sobretudo nos casos em que agravar a situação dos contribuintes ou obstar o direito à repetição de indébito do tributo inconstitucional. Dessa forma, esta dissertação analisará a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário e as repercussões da limitação dos efeitos da lei inconstitucional para os contribuintes.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Direito Tributário. Contribuintes.

ABSTRACT

The present dissertation concerns about the modulation of the effects of unconstitutional law and its repercussion to the taxpayers. In fact, Brazilian doctrine and jurisprudence, because of constitutionality principle and the void *ab initio* theory of unconstitutional law, tended to consider the unconstitutional law void, which means that all of the effects of unconstitutional law must be deleted. However the complexity of life requires an alternative decision technique, because the juridical insecurity that the delectation of unconstitutional law produces could be more harmful than the maintenance of its effects. So the article 27 of Law n. 9.868/99 came to regulate the modulation of the effects of unconstitutional law, despite Brazilian jurisprudence have already limited the retroactivity of the unconstitutional law in some cases. Nevertheless the limitation of the effects of unconstitutional law in Tax Law is controversial, especially in the cases that aggravate the taxpayers' situation or in the cases that block the restitution of the unconstitutional tax. Then this dissertation will analyze the possibility of limitation of the effects of unconstitutional law in Tax Law and its repercussions to the taxpayers.

Keywords: Judicial review. Effects of unconstitutionality decision. Limitation of the effects of unconstitutional law. Tax Law. Taxpayers.

INTRODUÇÃO	8
1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
1.1. Constituição: significado, supremacia e necessidade de controle	10
1.1.1. Significado da Constituição.....	10
1.1.2. Supremacia e rigidez da Constituição.....	12
1.1.3. Necessidade do controle de constitucionalidade	17
1.2. Natureza do órgão de controle: político ou judicial	19
1.2.1. Controle político – modelo francês	19
1.2.2. Controle político – Carl Schmitt.....	21
1.2.3. Controle judicial	23
1.2.4. Brasil: controle jurisdicional.....	25
1.3. Controle difuso	28
1.4. Controle concentrado	31
1.5. Aproximação entre os controles difuso e concentrado.....	35
1.6. Controle de constitucionalidade no Brasil: sistema misto	38
1.6.1. Controle difuso no Brasil	40
1.6.2. Controle concentrado no Brasil.....	41
1.7. Decisões e técnicas no controle de constitucionalidade	46
1.7.1. Considerações iniciais	46
1.7.2. Declaração de nulidade	48
1.7.3. Interpretação conforme à Constituição	50
1.7.4. Declaração de constitucionalidade e “lei ainda constitucional”	51
1.7.5. Decisão de inconstitucionalidade com limitação de efeitos.....	52
1.7.6. Decisões aditivas.....	54
1.7.7. Técnicas de decisão no Direito Comparado	57
1.8. Efeitos das decisões.....	59
1.8.1. Controle difuso	59
1.8.2. Controle concentrado.....	60
1.8.2.1. Eficácia <i>ex tunc</i> e eficácia <i>ex nunc</i>	61
1.8.2.2. Eficácia <i>erga omnes</i>	62
1.8.2.3. Efeito vinculante	63
1.8.2.4. Eficácia <i>erga omnes</i> e efeito vinculante nas cautelares.....	64
1.8.2.5. Efeito repristinatório	65
2. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	66
2.1. Teoria da nulidade da lei inconstitucional	68
2.2. Atenuações à nulidade da lei inconstitucional	73
2.3. Direito Comparado: eficácia <i>ex tunc</i> e <i>ex nunc</i>	77
2.4. Valor jurídico do ato inconstitucional	82
2.4.1. Considerações sobre a unidade, hierarquia e sistematicidade do ordenamento jurídico	82
2.4.2. Distinção entre os planos da existência (pertinência) e validade.....	87
2.4.3. Lei inconstitucional – nulidade ou anulabilidade	89
2.5. Natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade.....	100
2.6. Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil – configuração atual	103
2.7. Efeitos futuros no controle concentrado.....	116
2.8. Eficácia <i>ex nunc</i> no controle difuso	122

2.9. Convivência entre o controle concentrado e o controle difuso.....	127
2.10. Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99	128
3. A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: REPERCUSSÃO PARA OS CONTRIBUINTE.....	143
3.1. Decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária: possibilidade de limitação <i>ex nunc</i> dos efeitos da decisão	145
3.2. Efeitos futuros à decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário	155
3.3. Inconstitucionalidade da norma impositiva tributária com eficácia <i>ex tunc</i>	158
3.3.1. Eficácia <i>ex tunc</i> favorável aos contribuintes	158
3.3.2. Eficácia <i>ex tunc</i> contra os contribuintes.....	159
3.4. Inconstitucionalidade da norma impositiva tributária com eficácia <i>ex nunc</i> e repetição de indébito.....	164
3.5. Convivência entre o controle concentrado e o controle difuso.....	168
CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser desenvolvido objetivará estudar a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado, introduzida pelo artigo 27 da Lei 9.868/99, e suas implicações para os contribuintes.

A concessão de efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade pode agravar a situação do contribuinte pela repriminção da norma anterior mais maléfica ou pode obstar o contribuinte de reaver o pagamento do tributo inconstitucional. Em situações excepcionais, a modulação de efeitos *pro futuro* pode até acarretar a obrigação do contribuinte de pagar um tributo inconstitucional durante determinado período.

Logo, o trabalho a ser desenvolvido buscará analisar se é possível a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário e se o agravamento da situação do contribuinte ou o óbice ao direito de repetição de indébito do tributo inconstitucional impedem a modulação de efeitos.

De fato, no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do princípio da constitucionalidade e da nulidade da lei inconstitucional, a doutrina e a jurisprudência consideravam a lei inconstitucional nula e, conseqüentemente, os seus efeitos deveriam ser desconstituídos desde a sua entrada em vigor.

Contudo, com a evolução do direito constitucional e a maior complexidade das relações jurídicas, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas, o que faz surgir a necessidade de uma decisão alternativa.

Neste sentido, apesar da jurisprudência já proceder a modulação dos efeitos da lei inconstitucional em alguns casos, surge o artigo 27 da Lei 9.868/99 que, de maneira expressa, admite e regula a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com artigo 27 da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social,

poderá restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior que venha a ser fixado.

Em matéria tributária, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade adquire grande importância, pois se verifica que o Estado, enquanto autor da lei inconstitucional, cobrou e arrecadou tributos inconstitucionais se beneficiando de um ato inconstitucional praticado por ele próprio.

Ainda, surge a questão se é possível o Estado ficar com o tributo instituído e arrecadado com base em lei inconstitucional e se tal situação violaria os direitos fundamentais dos contribuintes.

Percebe-se, então, que a possibilidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário e a possível ofensa aos direitos fundamentais dos contribuintes envolve um conflito entre princípios e interesses de hierarquia constitucional.

Como não existem princípios absolutos e nem ordem de primazia entre os princípios e interesses constitucionais, a solução de tal questão deve ser buscada por meio de uma ponderação e harmonização dos princípios em conflito, quais sejam, o princípio da constitucionalidade, a supremacia da Constituição, o princípio da nulidade da lei inconstitucional, o princípio da legalidade tributária e a proteção e os direitos fundamentais dos contribuintes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. Constituição: significado, supremacia e necessidade de controle

1.1.1. Significado da Constituição

Para a compreensão do controle de constitucionalidade, antes se faz necessário analisar a significação da Constituição como a norma jurídica fundamental do ordenamento jurídico, que confere unidade formal e validade a todas as demais normas do ordenamento.

Na teoria do Direito Constitucional não há um consenso ou opinião majoritária sobre o conceito e o significado da Constituição¹. Hesse chega a afirmar que a resposta ao que é Constituição depende do problema que deve ser resolvido com o conceito a ser obtido².

Entretanto, apesar de não existir consenso quanto ao conceito de Constituição³, pode-se afirmar que a Constituição é a ordem jurídica fundamental da coletividade, ao determinar as tarefas estatais e os princípios diretivos principais para a formação da unidade política. Neste sentido, a Constituição regula o procedimento para a solução de conflitos, ordena a organização e a atividade estatal e determina os princípios da ordem jurídica global⁴.

A Constituição surge com a finalidade principal de limitar o exercício do poder político. A melhor maneira de limitar o poder e o seu exercício é por

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5.

² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 25; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.3.

³ Para outros conceitos de Constituição: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 81-130.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5-14.

⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 37; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.16-7.

meio da imposição de freios aos detentores do poder inseridos em regras fixas. Assim, a Constituição surge como um sistema de regras destinadas a controlar o processo de poder. As Constituições têm uma dupla significação: liberar os destinatários do poder do controle absoluto de seus dominadores e garantir uma participação legítima no processo de poder, haja vista que o povo é o detentor supremo do poder⁵.

A Constituição é a lei proeminente que conforma o Estado. A Constituição dá forma, constitui e conforma a organização política do Estado⁶.

Para Kelsen, a noção de Constituição parece ter um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo, que determina a ordem estatal e a comunidade constituída por essa ordem. A Constituição expressa o equilíbrio das forças políticas do momento, regula a elaboração das leis e das normas gerais. Essa regra de criação das normas jurídicas essenciais do Estado, da determinação dos órgãos e do processo legislativo é o que forma a Constituição. A Constituição é a base fundamental da ordem estatal⁷.

Portanto, em síntese das idéias acima mencionadas, a Constituição configura e ordena os poderes do Estado e, ao mesmo tempo, estabelece os limites ao exercício deste poder, ao criar âmbito para o exercício da liberdade privada (liberdades e direitos fundamentais), bem como as prestações que o poder estatal deve cumprir em benefício da sociedade⁸.

Há de se ressaltar, contudo, que a Constituição não é completa e perfeita, não se configurando uma unidade já concluída. A Constituição regula apenas, em traços fundamentais, os setores mais importantes da vida estatal, ficando o resto a cargo de regulação pela ordem jurídica ordinária⁹.

A incompletude da Constituição se faz necessária, pois o objeto da ordenação é a vida sujeita às alterações históricas. Logo, como a Constituição

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 149-151 e 208.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 87-9.

⁷ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130-4.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 51-2.

⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 39; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.17-9.

deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, seu conteúdo deve ficar aberto para dentro tempo. Contudo, não devem ficar em aberto os princípios para a formação da unidade política, as tarefas estatais a serem exercidas, os princípios fundamentais da ordem jurídica e o procedimento para a decisão das questões em aberto¹⁰.

Então, a Constituição une, concomitantemente, flexibilidade e rigidez, sendo a coordenação exata desses dois elementos o traço fundamental para a realização da Constituição. A abertura constitucional permite flexibilidade para a satisfação das necessidades advindas da transformação histórica e a rigidez garante a obrigatoriedade de determinadas imposições, concretizando o efeito estabilizador e preservando a coletividade de uma dissolução permanente da ordem constitucional e do congelamento da ordem jurídica¹¹.

O entendimento da Constituição como a ordem jurídica fundamental, ao unir flexibilidade e rigidez, permite a compatibilização do controle de constitucionalidade, que pressupõe a supremacia e a rigidez constitucional, com a dinâmica do processo político-social - que exige a flexibilidade da ordem jurídica para a satisfação e a adaptação às transformações da realidade¹².

1.1.2. *Supremacia e rigidez da Constituição*

A Constituição é a norma jurídica fundamental do ordenamento jurídico, de maior hierarquia, que confere unidade formal e validade a todas as demais normas do ordenamento.

¹⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 40-1; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.19-20.

¹¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 45-7; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 20-26; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 949-51. Neste sentido Canotilho afirma que os textos constitucionais têm pretensão de estabilidade, na qualidade de ordem jurídica fundamental, e dinamicidade, haja vista a necessidade de deixar aberturas para as mudanças políticas. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1373.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 951.

Para a compreensão da supremacia e rigidez¹³ da Constituição, devem ser traçadas algumas linhas acerca da estrutura hierárquica da ordem jurídica¹⁴.

De fato, há hierarquia entre as normas pertencentes ao ordenamento jurídico, pois este está construído de maneira escalonada. Por conseguinte, as normas pertencentes ao ordenamento jurídico não estão todas situadas no mesmo plano, mas escalonadamente em níveis diferentes, existindo, então, normas jurídicas de maior e normas jurídicas de menor hierarquia. As normas jurídicas inferiores estão numa relação de dependência e devem obediência às normas jurídicas superiores. Isto significa que as normas jurídicas inferiores só pertencem validamente ao ordenamento jurídico se estiverem em conformidade com as normas jurídicas superiores¹⁵.

A norma jurídica de maior hierarquia, que se encontra no ápice da pirâmide normativa e não depende de nenhuma outra norma jurídica ou fonte é chamada, por Kelsen, de norma fundamental. Sobre esta norma suprema reside a unidade do ordenamento jurídico¹⁶.

Assim, o fundamento de validade e de unidade de todo o ordenamento jurídico é a norma fundamental pressuposta que determina a criação de outra norma, iniciando a cadeia regulatória pelo próprio Direito. Assim, o Direito regula sua própria criação, com uma norma determinando a criação de outra norma. Todas as normas derivam, portanto, em última análise, da norma fundamental, que não é derivada de nenhuma outra norma¹⁷.

¹³ Observa-se que Loewenstein considera a divisão entre Constituições rígidas e flexíveis como formalista e irreal, pois as Constituições podem ser modificadas por outros meios além das reformas constitucionais com procedimento mais dificultoso, como o uso e a interpretação para adaptação às transformações históricas e sociais. Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 ed. Barcelona:Ariel, 1976. p. 208.

¹⁴ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes., 1998. p. 246-7; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 181 e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 48-53 e 58-64.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes., 1998. p. 246-7; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 181 e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 48-53 e 58-64.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 181-98.

A validade da norma fundamental não é derivada de nenhuma outra e seu fundamento não pode ser posto em questão. A norma fundamental é uma ficção jurídica para fundamentar a validade da primeira Constituição e, a partir desta, de todo o ordenamento jurídico¹⁸.

Sendo assim, ressaltando-se a norma fundamental pressuposta por Kelsen, que serve para fundamentar a validade da primeira Constituição, pode-se concluir que a Constituição é a norma fundamental do ordenamento jurídico e o critério de validade das demais normas do ordenamento.

Com efeito, a Constituição é a primeira norma do ordenamento jurídico, a norma fundamental, pois ela define o sistema de fontes formais do Direito, de maneira que somente por observar a ordem constitucional (competência e procedimento do órgão legislativo) uma lei será válida e vinculante¹⁹.

A hierarquia superior da Constituição e a compatibilidade vertical das normas no ordenamento jurídico advêm da supremacia da Constituição, de modo que as normas de grau inferior só valerão se forem compatíveis com as de grau superior. Assim, as normas incompatíveis com a Constituição serão inconstitucionais e não podem prevalecer em razão da supremacia da Constituição²⁰.

A supremacia e a rigidez constitucional estão baseadas na distinção entre poder constituinte originário e poder constituído ou poder constituinte derivado. A Constituição, como obra do poder constituinte originário, tem superioridade sobre as demais normas do ordenamento jurídico, criações do poder constituído, um poder de competência limitada pela própria Constituição. Por conseguinte, como o poder constituído deriva sua competência da própria Constituição, não poderá criar normas jurídicas contrárias as normas constitucionais²¹.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-2.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 55-6.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 538.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 296-7. Hamilton explica que os atos de uma entidade delegada, no caso o Poder Legislativo, não podem superar e contrariar o seu mandado, ou seja, a Constituição. Logo, os atos legislativos contrários à

A supremacia da Constituição implica que as normas constitucionais têm uma vinculação mais forte que as leis ordinárias. A Constituição é hierarquicamente superior e deve prevalecer sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico²².

Dessa forma, por ser a ordem jurídica fundamental do Estado, há de se conferir a maior estabilidade possível à Constituição, distinguindo as normas constitucionais das normas legais e sujeitando a revisão da Constituição a requisitos e procedimentos especiais mais gravosos do que a elaboração e revisão de uma lei ordinária²³.

A reforma e a criação de normas constitucionais estão sujeitas a um procedimento legislativo mais dificultoso, se comparado ao procedimento legislativo ordinário. Mas, além dessa limitação procedimental, consequência da rigidez da Constituição, há outras limitações em razão da supremacia da Constituição: 1) as normas constitucionais criadas pelo poder reformador podem ser objetos do controle de constitucionalidade e ter sua validade cassada²⁴; 2) o poder de revisão é limitado²⁵.

Este procedimento para conferir maior estabilidade à Constituição, ao impor procedimentos legislativos mais gravosos e complexos para a elaboração das normas constitucionais, se comparado ao processo legislativo ordinário, chama-se de princípio da rigidez da Constituição. A rigidez confere à Constituição uma superlegalidade formal, vez que não são admitidos os

Constituição não podem ser válidos. Cf. HAMILTON, Alexander. JAY, John e MADISON, James. *The federalist*. New York: The modern library, 2001. p. 497-8. Ainda, Carlos Ayres Britto distingue o poder constituinte do poder reformador da seguinte maneira: “se o Poder Constituinte é o poder de constituir a Constituição – não apenas normas constitucionais –, o Poder Reformador é o poder de constituir tão-somente normas constitucionais. Não a Constituição”. Cf. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 97.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 60-1 e 134.

²³ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.131.

²⁴ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 100-2.

²⁵ Há limitações formais (que dizem respeito ao órgão competente, a exigência de maioria qualificada, limitações temporais e circunstanciais) e materiais ao poder de revisão constitucional. As limitações temporais e circunstanciais impedem que a Constituição seja reformada durante certo período ou diante de determinadas situações. As limitações materiais impedem que determinados conteúdos sejam modificados pela reforma constitucional. As limitações materiais são denominadas de cláusula pétreas e somente podem ser modificadas pela manifestação de um novo poder constituinte. Cf. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131-3. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1026-35.

procedimentos ordinários para modificação das normas constitucionais. Também deve ser mencionado que o princípio da supremacia da Constituição lhe confere uma superlegalidade material, pois as normas constitucionais possuem superioridade hierárquica sobre as demais normas²⁶.

A rigidez constitui um fator de desaceleração da produção de normas que por ela se encontram cobertas. Essa desaceleração tem como consequência a estabilização do texto constitucional²⁷.

Como já mencionado no tópico anterior, a Constituição deve conjugar rigidez e flexibilidade. Devem ser rígidos, isto é, não podem ficar em aberto os princípios para a formação da unidade política, as tarefas estatais a serem exercidas, os princípios fundamentais da ordem jurídica e o procedimento para a decisão das questões em aberto²⁸. Ao conferir rigidez e estabilidade a essas questões a Constituição impõe que certos conflitos, de interesses primordiais, não serão resolvidos pela vontade do poder institucional mais forte ou pela maioria volátil do momento, mas sim de acordo com critérios de decisão estabilizados e garantidos pela rigidez da Constituição²⁹.

Outro efeito da rigidez constitucional é acelerar, em razão da estabilização dos valores, a interiorização coletiva da Constituição³⁰, contribuindo para a força normativa da Constituição³¹.

Por fim, deve se observar que a supremacia hierárquica não se confunde com rigidez, embora as duas idéias estejam relacionadas. A rigidez é um meio de garantir a hierarquia da Constituição. Na qualidade de garantia, a rigidez protege a hierarquia das normas constitucionais, ao estabelecer procedimentos mais gravosos para sua modificação. Por conseguinte, a rigidez confere efeitos práticos ao princípio da hierarquia das normas constitucionais e

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 55-6.

²⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 60.

²⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 40-1; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.19-20.

²⁹ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 63.

³⁰ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 63.

³¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 48-50.

à construção escalonada do ordenamento jurídico, assim como ao processo de controle de constitucionalidade³².

1.1.3. Necessidade do controle de constitucionalidade

A Constituição, como a norma jurídica fundamental, dotada de supremacia e superioridade hierárquica sobre as demais normas e exigindo um procedimento mais dificultoso do que as leis ordinárias para a sua modificação, necessita de instrumentos para sua garantia.

Garantir a Constituição significa criar mecanismos para assegurar a regularidade e a conformidade das demais regras jurídicas com o conteúdo das normas constitucionais. Portanto, garantir a Constituição quer dizer assegurar a constitucionalidade das leis e evitar normas inconstitucionais³³.

Uma Constituição na qual os atos e leis inconstitucionais permanecem válidos não é obrigatória. Impõe-se como necessário um mecanismo de anulação dos atos inconstitucionais para a garantia da Constituição, dado o princípio da hierarquia do ordenamento jurídico e a supremacia das normas constitucionais sobre todas as demais normas jurídicas³⁴.

O controle de constitucionalidade é um meio de garantir a imperatividade da Constituição³⁵. Onde o controle inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde a força normativa e se torna mera recomendação³⁶.

³² BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 63-4.

³³ Kelsen, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126.

³⁴ A constitucionalidade das leis pode ser garantida por dois meios: a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação da norma. Todavia, a responsabilização pessoal não é muito eficaz, pois a lei inconstitucional se mantém. Cf. Kelsen, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 179-80; Kelsen, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 302-3.

³⁵ Há outros meios de garantia e defesa da Constituição além do controle de constitucionalidade, como a própria rigidez constitucional, a impossibilidade de reforma constitucional durante estados de sítio e de exceção e os controles inter-orgânicos. Cf. Blanco de Moraes, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 59.

³⁶ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999). In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 5. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 106. Ainda: no Estado onde inexistir controle de constitucionalidade e um órgão com força suficiente para salvaguardar a superioridade das normas constitucionais, a Constituição será flexível, ainda que objetive ser rígida, pois o poder de modificar as

O controle de constitucionalidade visa concretizar o princípio da constitucionalidade, que impõe a supremacia da Constituição sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico. Assim, o objetivo do controle de constitucionalidade é expurgar as normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, de modo a preservar a superioridade hierárquica, a força normativa da Constituição e a coerência do ordenamento jurídico.

O problema da inconstitucionalidade das leis deriva da antinomia aparente e solúvel entre normas jurídicas de hierarquias diferentes³⁷, quais sejam, normas constitucionais e normas infraconstitucionais. A solução para este problema é encontrada na aplicação do critério hierárquico, ou seja, a lei superior revoga a lei inferior.

Em termos gerais, entende-se que uma lei é inconstitucional quando foi produzida em desconformidade com as normas procedimentais ou de competência (inconstitucionalidade formal) ou quando o conteúdo da lei ou ato normativo está em contrariedade, expressa ou implícita, com normas consagradas na Constituição (inconstitucionalidade material)³⁸.

Em síntese, então, o controle de constitucionalidade é a verificação da conformidade de um ato jurídico, sobretudo a lei, com a Constituição. Há de se verificar a conformidade tanto dos requisitos formais, as normas procedimentais de elaboração do ato e de competência, quanto os requisitos materiais, obediência ao conteúdo substancial da Constituição³⁹.

normas constitucionais será ilimitado nas mãos do legislador. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 91-7

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26-31. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 45. José Afonso da Silva ressalta que a supremacia da Constituição fundamenta a validade de todas as normas infraconstitucionais e requer que todas as situações jurídicas sejam conformes à Constituição. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 538.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34. Neste sentido assevera Carlos Mário da Silva Velloso: “O controle de constitucionalidade se realiza na medida em que verifica a compatibilização vertical das normas, ou seja, a compatibilização das normas com a Constituição, verificação essa que se faz a partir do exame de certos requisitos formais e substanciais”. Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 29. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 8.

O controle de constitucionalidade se faz necessário para garantia da hierarquia, supremacia e rigidez da Constituição, como a ordem jurídica fundamental.

1.2. Natureza do órgão de controle: político ou judicial

O controle de constitucionalidade, quanto à natureza do órgão competente para a análise das questões acerca da constitucionalidade, pode ser classificado em político ou judicial.

O controle de constitucionalidade será político se a fiscalização da constitucionalidade for exercida por um órgão de natureza política, não pertencente ao Poder Judiciário, e ligado ao Parlamento. Em oposto, o controle de constitucionalidade será de natureza judicial quando a aferição da compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição for de competência de um órgão com poder jurisdicional⁴⁰.

1.2.1. Controle político – modelo francês

Como já dito, o controle de constitucionalidade exercido por um órgão de natureza política significa que a constitucionalidade das leis não é examinada por um órgão com função jurisdicional.

A escolha de um ordenamento jurídico pelo controle de constitucionalidade de natureza política está fundamentada no princípio da separação de poderes e na supremacia do Parlamento, como órgão eleito democraticamente e representante da maioria da vontade soberana do povo. Dessa maneira, não se pode conferir uma posição de proeminência sobre o Parlamento a um órgão jurisdicional, não eleito por via democrática, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes e a supremacia da vontade majoritária do povo, representada pelo Parlamento⁴¹.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 42-4; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 37.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 96-7; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 265-7.

O maior exemplo de controle de constitucionalidade realizado por um órgão não jurisdicional e de caráter político é o sistema francês.

De fato, a Constituição da França, em vigor desde 1958, confere competência para o exame da questão da constitucionalidade, apenas em via preventiva, ao Conselho Constitucional. Os motivos para adoção do controle de natureza política na França se devem a razões históricas, ideológicas e práticas. As razões históricas remontam ao período da Revolução Francesa e estão consubstanciadas na desconfiança do Judiciário, que era ligado ao antigo regime. A razão ideológica está expressa na idéia rígida do princípio da separação de poderes e na supremacia do Parlamento como representante da soberania, de tal modo que o Judiciário não poderia intervir no âmbito do Legislativo. Por fim, as razões práticas que contribuíram para o modelo francês de controle político de constitucionalidade dizem respeito ao papel principal do Conselho Constitucional, que é conferir proteção contra os abusos do poder executivo e contra as ilegalidades do judiciário, antes da proteção contra o legislativo⁴².

Dessa maneira, surge o Conselho Constitucional na França com a função de manter o legislador na limitação de suas atribuições, porém sem que decorra daí o reconhecimento de um controle genérico de constitucionalidade, contrário à tradição política francesa⁴³.

As críticas ao modelo francês de controle de constitucionalidade com caráter político são as seguintes: o princípio da separação dos poderes não está em contradição com o controle jurisdicional da constitucionalidade, que prega o controle e o equilíbrio entre os poderes, por meio de freios e contrapesos⁴⁴; o acesso ao Conselho Constitucional é difícil, o que diminui as garantias constitucionais e a defesa dos direitos fundamentais; o controle é estritamente preventivo, logo, se a inconstitucionalidade for detectada depois

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 94-9; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 265-9.

⁴³ ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional? In: *Revista Subjudice*. n. 20/21. janeiro/junho de 2001.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 97-8.

da publicação, o saneamento do vício dependerá da vontade do órgão legislativo que produziu o ato inconstitucional⁴⁵.

Há de se acrescentar, por fim, que o modelo francês de controle de constitucionalidade, considerado como político, está aproximando-se de um controle jurisdicional, haja vista que: no processo de designação dos conselheiros há a participação de uma pluralidade de órgãos; os titulares têm um mandato de longa duração; o Conselho Constitucional está separado do Parlamento; a fisiologia e a fundamentação das decisões se assemelha às decisões jurisdicionais de constitucionalidade; a lei processual é levada em conta na tramitação dos feitos; com revisão constitucional de 1947, houve uma ampliação da legitimidade de requerer a fiscalização para englobar a minoria parlamentar qualificada; o funcionamento do órgão assemelha-se com a prática jurisdicional⁴⁶.

1.2.2. Controle político – Carl Schmitt

Há de se destacar, ainda, no controle de constitucionalidade realizado por órgão de natureza política, a idéia de Carl Schmitt, que defendia o Presidente como o Guardião da Constituição.

Segundo Schmitt, no quadro constitucional alemão, o Presidente seria o órgão mais apto a zelar pela garantia da Constituição, pois poderia desenvolver um poder neutro e regulador em razão da sua legitimidade democrática e de seus poderes⁴⁷.

Somente um órgão independente, com legitimidade democrática e investido em funções de controle, como o Presidente, poderia exercer o controle da constitucionalidade com garantia de neutralidade. De fato os poderes do Presidente consistentes na assinatura e promulgação as leis,

⁴⁵ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 304-5; FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 101.

⁴⁶ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 300-2; ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional? In: *Revista Subjudice*. n. 20/21. janeiro/junho de 2001; PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson S.L., 2004. p. 30-1; SEGADO, Francisco Fernández. *Estudios jurídico-constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 264.

⁴⁷ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 232-4.

dissolução do parlamento e instituição de plebiscito o colocam na condição de guardião da Constituição⁴⁸.

Schmitt é contra a atribuição da garantia da Constituição ao Poder Judiciário. Conferir competência a um órgão jurisdicional para decidir acerca da constitucionalidade transformaria os tribunais em instâncias políticas, violando o princípio democrático e criando uma aristocracia da toga⁴⁹.

Ainda, Schmitt prossegue afirmando que a competência do Tribunal Constitucional de interpretação à Constituição não tem caráter jurisdicional, mas trata-se de um procedimento legislativo, ainda que procedimentalizado em forma judicial. Trata-se, portanto, de legislar, pois é uma maneira de determinar o conteúdo das leis⁵⁰.

Assim, percebe-se que Schmitt era contra o controle jurisdicional de constitucionalidade. Suas críticas são mais incisivas em relação ao controle concentrado, pois sua idéia de Constituição é de que esta é uma decisão consciente de uma unidade política concreta⁵¹. Mas, igualmente, Schmitt é contra o controle jurisdicional difuso, ao afirmar que o Supremo Tribunal Americano funciona como um veto judicial às leis ou um poder de censura judicial⁵².

⁴⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 232-4; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 269-74.

⁴⁹ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 228 e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes, p. xi. Schmitt entende que é necessário proteger a Constituição contra os abusos do Legislativo. Entretanto, não é adequada a criação de uma instância de interpretação Constituição com força de lei, pois ter-se-ia o abuso da forma judicial contra o abuso da forma legislativa. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 169.

⁵⁰ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 228-34; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 170. Neste ponto, o entendimento de Schmitt aproxima-se ao de Kelsen que também considera que a função do Tribunal Constitucional tem um caráter legislativo-negativo. Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 152-4; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305-6.

⁵¹ "... a constitution is a conscious decision, which the political unity reaches for itself and provides itself through the bearer of the constitution-making power. Cf. SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durhan and London: Duke University Press, 2008. p. 75-6.

⁵² SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cf. Apresentação de Gilmar Ferreira Mendes, p. xi; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 171.

1.2.3. Controle judicial

O controle de constitucionalidade, no que diz respeito à natureza do órgão competente, será judicial se exercido por um órgão com poder jurisdicional.

O principal defensor e idealizador do controle jurisdicional de constitucionalidade foi Kelsen, que criticou o controle político e a supremacia do Parlamento ao afirmar que a soberania não é inerente a somente um órgão de poder. Conseqüentemente, os poderes constituídos, tais como o Parlamento, o Executivo e o Judiciário, estão subordinados à Constituição⁵³.

Neste sentido, Kelsen defende que não se deve esperar que o Parlamento, por vontade própria, se subordine à Constituição. O órgão que deve zelar pela constitucionalidade e garantir a Constituição, anulando os atos inconstitucionais, deve ser distinto do Parlamento e independente dele e de qualquer outra autoridade estatal. O órgão que deve proteger a Constituição há de ser uma jurisdição ou um Tribunal Constitucional⁵⁴.

As objeções à jurisdição constitucional, de que é incompatível com o princípio da separação de poderes e de que afronta a supremacia do Parlamento, não se sustentam. Kelsen distingue a função jurisdicional da função legislativa, na medida em que a primeira cria normas gerais e a segunda, normas individuais. Porém, o ato de anular uma lei equivale a criar uma norma geral, pois a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua criação, diferenciando-se apenas pelo seu valor negativo. Assim, o Tribunal Constitucional, que tem o poder de anular as leis com eficácia geral, é um órgão do legislativo e tem uma função de legislador negativo. Dessa maneira, considera-se a função do Tribunal Constitucional como uma distribuição do Poder Legislativo entre dois órgãos, quais sejam, o Parlamento e o Tribunal Constitucional⁵⁵.

⁵³ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150-4.

⁵⁴ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150-2.

⁵⁵ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150-4. Neste ponto, o entendimento de Schmitt aproxima-se ao de Kelsen que também considera que a função do Tribunal Constitucional tem um caráter legislativo. Cf. SCHMITT,

No entanto, apesar de considerar o controle de constitucionalidade como uma função legislativa negativa, Kelsen assevera que Tribunal Constitucional deliberará apenas sobre questões de direito, cumprindo uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição, devendo ficar a salvo de toda influência política⁵⁶.

Também, com o controle jurisdicional de constitucionalidade, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois tal princípio tem por finalidade o controle e o equilíbrio entre os poderes, por meio de freios e contrapesos⁵⁷

Ainda, o caráter antidemocrático⁵⁸ da jurisdição constitucional é afastado pelos seguintes argumentos: o judiciário não é inteiramente privado de representatividade, haja vista sua renovação constante; há controle político, inclusive do Poder Legislativo; os tribunais podem aumentar a representatividade do sistema ao dar acesso ao processo judicial a minorias que não teriam acesso ao processo político; as decisões dos tribunais estão sujeitas ao controle da coletividade por meio da publicidade⁵⁹.

Portanto, a opção pelo controle jurisdicional da constitucionalidade está baseada, sobretudo, na supremacia da Constituição, na distinção entre poder constituinte originário e poder constituído e no princípio da separação de poderes.

Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 228-34; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 170.

⁵⁶ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 153-5.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 97-8.

⁵⁸ Ely critica o caráter não democrático e não majoritário do Tribunal Constitucional e defende que ele estaria legitimado a agir apenas nos casos de mau funcionamento da democracia, para assegurar os canais políticos de mudança e a proteção das minorias. Cf. ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 103

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 91-107. Neste sentido, Inocêncio Mártires Coelho afirma que para combater o decisionismo aventado por Schmitt, existem as garantias judiciais e o princípio do devido processo legal para racionalização e melhor aproveitamento do debate processual, permitindo, conseqüentemente, o controle e a legitimação das decisões. Ademais, a exigência de motivação da decisão é uma condição de legitimidade e permite o controle social. Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 58-9.

A Constituição, como obra do poder constituinte originário, tem superioridade sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico. As leis ordinárias e demais atos normativos são criadas pelo Legislativo, um poder constituído e, por isso, de competência limitada pela própria Constituição. Por conseguinte, como o poder constituído deriva sua competência da própria Constituição, não poderá criar normas jurídicas contrárias às normas constitucionais⁶⁰.

Por sua vez, o princípio da separação de poderes fundamenta o controle jurisdicional, por meio do sistema de pesos e contrapesos entre os poderes do Estado, de modo a buscar o equilíbrio e o controle entre os poderes⁶¹. Não se pode confiar ao Parlamento o controle de seus próprios atos e, assim, o controle judicial de constitucionalidade se faz necessário, pois, caso contrário, o mesmo órgão seria controlador e controlado, o que equivaleria a conceder ao Parlamento um poder onipotente⁶².

1.2.4. Brasil: controle jurisdicional

No Brasil, o controle de constitucionalidade tem natureza jurisdicional⁶³, haja vista que o controle é exercido por órgãos do Poder Judiciário: por todos

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 296-7. Hamilton considera o Poder Judiciário o menos perigoso aos direitos constitucionais, pois não tem sob o seu domínio a espada, do executivo, e a bolsa, do legislativo. Ainda, explica que os atos de uma entidade delegada, no caso o Poder Legislativo, não podem superar e contrariar o seu mandado, ou seja, a Constituição. Logo, os atos legislativos contrários à Constituição não podem ser válidos. A preservação da Constituição não pode ser feita por outra maneira, senão por intermédio das cortes judiciais. Cf. HAMILTON, Alexander. JAY, John e MADISON, James. *The federalist*. New York: The modern library, 2001. p. 496-9.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 97-8.

⁶² KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150-2; MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 210-3.

⁶³ BERNARDES, Juliano Taveira. Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 258. Em sentido contrário, destaca-se o voto do Min. Sepúlveda Pertence quando do julgamento da ADC 1/DF: “O controle direto de constitucionalidade, para mim, é o exercício de uma função predominantemente política, para o qual, entretanto, adotaram-se mecanismos jurisdicionais, a partir do órgão de controle, sobretudo quando se dá, como no Brasil, a competência a uma corte tipicamente jurisdicional, como o Supremo Tribunal e, também, da forma de exercício da função que imita o processo de parte”. Cf. ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ. 16/06/1995. p. 18.213. Ainda: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 309.

os juízes e tribunais, no controle difuso, e pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça estaduais, no controle concentrado.

Em que pese o caráter jurisdicional, as questões submetidas ao controle de constitucionalidade têm conteúdo político e exigem a solução de conflitos políticos, contudo é certo que a decisão do órgão de controle constitucional deve orientar-se por métodos jurídicos e fundamentar-se estritamente em razões jurídicas⁶⁴.

Neste sentido, Kelsen afirma que o Tribunal Constitucional deliberará apenas sobre questões de direito, cumprindo uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição⁶⁵.

Entretanto, isso não significa que a decisão deve desconsiderar suas conseqüências práticas e políticas. De fato, o órgão competente para o controle de constitucionalidade não deve quebrar o discurso jurídico com princípios puramente políticos. Nos casos onde a aplicação estrita de um preceito legal ameace conduzir a um resultado lesivo para o bem coletivo, deve recorrer-se, em primeiro lugar, a uma interpretação sistemática para tentar encontrar dentro do ordenamento jurídico outra norma de grau superior ou valor predominante por meio da qual sua aplicação exclua o resultado danoso. De fato, todo juiz

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 190-1. Acerca do caráter político das questões submetidas ao Tribunal Constitucional, Brage Camazano afirma que o caráter abstrato das ações no controle concentrado e a natureza política dos órgãos legitimados confirmam a grande carga política deste juízo. Cf. BRAGE CAMAZANO, Joaquim. *La acción abstracta de constitucionalidad*. México: Universidad Autónoma de México, 2005. 110-1. No mesmo sentido, Ricardo Haro assevera que a decisão de inconstitucionalidade é um ato de grande gravidade institucional, por meio do qual se manifesta a dimensão política do Poder Judiciário. Cf. HARO, Ricardo. *La acción declarativa de inconstitucionalidad*. In: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 224. Apesar de parecer entender o controle de constitucionalidade como um ato político, o Min. Moreira Alves afirma que a decisão deve ser fundamentada em critérios jurídicos: “Esta Corte já firmou entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como *proceso objetivo*, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos poderes constituídos decorrente da observação, ou não, da Constituição pelos atos normativos dele emanados”⁶⁴. Cf. ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ. 16/06/1995. p. 18.213.

⁶⁵ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 153-4.

deve procurar uma aplicação e interpretação sistemática da ordem jurídica. No entanto, não deve se partir de um resultado pré-concebido⁶⁶.

Portanto, o controle de constitucionalidade deverá ser técnico-jurídico, fundamentado em razões jurídicas e não políticas⁶⁷.

Atualmente, mesmo nos sistemas que conferem competência para o controle de constitucionalidade a um órgão de natureza política, há uma tendência de jurisdicionalização do controle, com a adoção de leis processuais no trâmite dos processos e com a prolação de decisões acerca da questão de constitucionalidade semelhante às decisões jurisdicionais, tanto na fisiologia quanto na fundamentação, como é o exemplo do sistema francês⁶⁸.

No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade é a regra, porém há hipóteses em que o Poder Executivo e o Poder Legislativo podem exercer o controle de constitucionalidade. O Poder Executivo tem poder de veto ao não aprovar as leis consideradas inconstitucionais, conforme o artigo 61, §1º, da Constituição Federal, bem como pode não executar as leis consideradas inconstitucionais. Por sua vez, o Poder Legislativo exerce o controle de constitucionalidade preventivo por meio de suas Comissões, conforme o artigo 58 da Constituição Federal, bem como também pode deixar de dar cumprimento à lei inconstitucional. Por fim, registra-se que o Poder Executivo e o Legislativo têm legitimidade para instauração do controle abstrato⁶⁹.

⁶⁶ BACHOF, Otto. *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*. Publicado inicialmente na obra coletiva *Summum ius summa iniuria*. Tübingen, 1963, p. 287-92. Apud GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 193. Neste sentido, Larenz afirma que: “Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação de conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável...” Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 517.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 221-2.

⁶⁸ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 300-2.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67-77. Os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo podem determinar aos seus subordinados a não aplicabilidade de lei que considerem inconstitucional até a manifestação do Poder Judiciário. Cf. ADI-MC 221/DF, Relator Min. Moreira Alves, DJ 22/10/1993, p. 22.251

1.3. Controle difuso

O controle de constitucionalidade difuso é um tipo de controle jurisdicional, no qual todos os órgãos do Judiciário têm poder para verificar a constitucionalidade, de maneira incidental, quando do julgamento das causas de sua competência. Este tipo de controle de constitucionalidade também é chamado de sistema americano. Além da competência de todos os juízes para analisar a questão de constitucionalidade, são características do sistema difuso a arguição da inconstitucionalidade por via incidental e a eficácia inter-partes da decisão⁷⁰.

A doutrina que fundamenta o controle de constitucionalidade difuso foi desenvolvida por John Marshall, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*⁷¹, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, e por Alexander Hamilton, nos artigos do Federalista, e baseia-se na supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico, na rigidez constitucional e na separação de poderes.

Hamilton afirma que a Constituição limita a autoridade do Poder Legislativo. Logo, os atos de uma entidade delegada, no caso o Poder Legislativo, não podem superar e contrariar o seu mandato, ou seja, a Constituição. Logo, os atos legislativos contrários à Constituição não podem ser válidos. Proteger a Constituição, invalidando os atos contrários às normas constitucionais, é atribuição das cortes judiciais, vez que o Judiciário é o poder menos perigoso e menos apto a lesar a Constituição, pois não tem sob seu domínio a espada, atribuição do Executivo, e nem a bolsa, conferida ao Legislativo⁷².

De mesmo posicionamento, Marshall afirma que a Constituição é a lei superior da nação e tem poder normativo. Conseqüentemente, qualquer ato legislativo contrário à Constituição é nulo. É dever-poder do Poder Judiciário

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 869. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 67; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303.

⁷¹ 5 U.S. 137 (Cranch) (1803).

⁷² HAMILTON, Alexander. JAY, John e MADISON, James. *The federalist*. New York: The modern library, 2001. p. 496-9.

determinar a lei aplicável ao caso concreto. Se há duas leis conflitantes, o tribunal deve decidir qual se aplica ao caso em análise. Então, como os tribunais devem tomar em conta a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato legislativo, a Constituição, e não os atos legislativos ordinários, deve ser aplicada ao caso concreto⁷³.

Então, em síntese, o controle de constitucionalidade difuso fundamenta-se nas seguintes afirmações: 1) a função dos juízes é interpretar as leis para resolução do caso concreto; 2) caso haja uma contradição nas leis aplicáveis ao caso concreto, o juiz deverá aplicar a norma prevalecente; 3) os conflitos entre normas resolvem-se pelo critério da lei posterior derroga a lei anterior, da lei especial derroga lei geral e da norma de maior hierarquia derroga a lei inferior; 4) logo, a Constituição, rígida, prevalecerá e será aplicada no caso de conflito, tornando as normas que com ela colidirem inaplicáveis no julgamento do caso concreto⁷⁴.

Portanto, tendo as premissas basilares de Marshall e Hamilton, percebe-se que no controle de constitucionalidade difuso, ou modelo americano, todos os juízes podem analisar a constitucionalidade das leis e desaplicar as normas reputadas inconstitucionais ao caso concreto.

Outra característica do sistema difuso é que a questão de constitucionalidade não pode ser submetida ao julgamento dos órgãos jurisdicionais em via principal em um processo constitucional autônomo, mas tão-somente como um incidente no curso de um processo comum e concreto, na medida em que a decisão sobre a constitucionalidade seja relevante para a decisão do caso concreto⁷⁵.

⁷³ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29.

⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 74-5.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 101-4; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 50 e 51. Blanco de Moraes aponta uma exceção à exclusividade do sistema difuso e ligado ao caso concreto no controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, que é a *facial challenge*. A *facial challenge* “consiste numa forma de impugnação de uma norma já aprovada e publicada, mas não necessariamente vigente, com fundamento na violação da primeira emenda (liberdade de expressão, na qualidade de liberdade ‘privilegiada’) a qual é sindicada através de um controle difuso na base, embora independentemente da sua aplicação a um caso concreto (o caso *Thornhill v. Alabama* de 1940, terá servido de precedente)”.

Por conseguinte, no controle difuso, será competente para o julgamento da constitucionalidade o mesmo órgão competente para o julgamento da causa concreta. Ainda, neste sistema de controle, não há processo constitucional, o julgamento da constitucionalidade ocorre como um incidente de um processo comum⁷⁶.

Por fim, no sistema difuso, a lei inconstitucional é nula e a decisão que declara a nulidade tem eficácia somente inter-partes. A lei inconstitucional por ser contrária à Constituição, que é uma norma superior, é considerada nula e ineficaz. O juiz não anula a norma inconstitucional, mas apenas declara a inconstitucionalidade pré-existente. A decisão de inconstitucionalidade tem um caráter declarativo. A eficácia da decisão de inconstitucionalidade é inter-partes, limitada ao caso concreto, o que significa que a lei inconstitucional só deixará de ser aplicada nesse caso, podendo ser aplicada em outros⁷⁷.

O controle de constitucionalidade difuso tem duas desvantagens principais: 1) podem ser proferidas decisões contraditórias acerca da constitucionalidade de uma mesma norma, haja vista que todos os juízes são competentes e podem ter opiniões divergentes, o que resultaria num abalo à segurança jurídica e acarretaria a desigualdade de tratamento; e, 2) a multiplicidade de processos, pois as decisões têm eficácia apenas inter-partes, de maneira que todos os particulares que se sentirem prejudicados pela lei inconstitucional teriam que ajuizar uma ação para que a norma impugnada deixasse de ser aplicada no caso concreto⁷⁸.

Cf. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 445. Martin Shapiro e Alec Sweet afirmam que o controle difuso americano não é unicamente concreto e dependente da causa concreta, pois o julgamento tem repercussão sobre outros casos. O caso concreto serviria apenas como um veículo para a Suprema Corte fixar nova orientação, que se estende a outros casos além do caso sob julgamento. Assim, o controle americano se aproxima do controle abstrato, haja vista que a análise não se dá apenas sobre o caso concreto, mas sim sobre uma mudança na política pública, que envolve diversas situações abstratas. Cf. SHAPIRO, Martin e SWEET, Alec Stone. *Abstract and concrete review in the United States*. Disponível em www.oxfordscholarship.com.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 101-4.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 115-24.

⁷⁸ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 144-5; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 77-8;

Nos Estados Unidos, o princípio do *stare decisis* ameniza a possibilidade de decisões divergentes em decorrência da pluralidade de fontes de decisão acerca da constitucionalidade das leis, pela vinculação de todos os tribunais à jurisprudência da Suprema Corte Americana⁷⁹. Assim, apesar da regra, no controle de constitucionalidade difuso de tipo americano, ser a eficácia inter-partes da decisão, o princípio do *stare decisis* aproxima os efeitos da decisão a uma eficácia geral (*erga omnes*)⁸⁰, como no controle concentrado, que será tratado no próximo tópico.

Dessa maneira, as desvantagens práticas do controle de constitucionalidade difuso são amenizadas com o princípio do *stare decisis*, apesar de permanecer o problema da demora da uniformização da jurisprudência⁸¹. Nos sistemas que não adotam o princípio do *stare decisis* permanecem os problemas das decisões contraditórias e da multiplicação dos processos.

1.4. Controle concentrado

No sistema de controle concentrado, também denominado de controle abstrato ou tipo austríaco, a competência para julgamento da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão do Poder Judiciário, com exclusão de quaisquer outros. Nesta forma de controle, a impugnação da lei ou ato normativo é feita em tese, independente da existência de qualquer litígio, visando precipuamente a defesa da Constituição. A decisão tem força obrigatória geral e, em regra, eficácia *ex nunc*⁸².

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 124-5.

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 139; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 118; SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Revista de Direito Público*. n 02 (out-nov-dez/2003).

⁸¹ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 304.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 869 e 871; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5;

Este modelo de controle de constitucionalidade foi desenvolvido na Áustria por Kelsen. Na Áustria não se considerou desejável conferir competência ilimitada a todos os órgãos do Poder Judiciário para julgarem a questão da constitucionalidade das leis. A falta de uniformidade nas decisões era considerada um grave perigo para a segurança e para a ordem jurídica⁸³.

Outro motivo para o desenvolvimento do controle concentrado foi que, na Áustria, as decisões da corte superior não tinham força obrigatória geral e não existia o princípio do *stare decisis*, como no modelo americano. Assim, pela falta de vinculação dos demais órgãos do Judiciário à jurisprudência da corte superior, a existência de decisões contraditórias era uma realidade. Por esta razão, Kelsen desenvolveu um modelo onde foi centralizada a revisão judicial da legislação em um único órgão⁸⁴.

Portanto, no controle concentrado de constitucionalidade, não se resolve o problema da inconstitucionalidade com a mera interpretação e aplicação ou não da lei por todos os membros do Judiciário, como se faz no sistema difuso, pois não são todos os juízes autorizados a analisar e decidir acerca da questão de constitucionalidade. De fato, os juízes comuns não têm competência para julgar uma lei inconstitucional, pois há uma presunção de constitucionalidade das leis⁸⁵.

Porém, em alguns países, como na Alemanha, concede-se aos juízes e aos tribunais, caso estejam diante de uma lei que lhe pareça inconstitucional, um poder de suspender o caso concreto e remeter a questão da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional⁸⁶.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 67-8.

⁸³ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304.

⁸⁴ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 84.

⁸⁶ Na Áustria, originariamente, não era permitido aos juízes e tribunais instaurar o controle concentrado, por falta de legitimidade. Porém, após a reforma constitucional de 1929, foi concedida legitimidade à Corte Suprema para causas civis e penais e à Corte Suprema para causas administrativas para instaurar o processo constitucional perante a Corte Constitucional austríaca. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 106; SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. MARTINS, Leonardo. Montevideo: Konrad Adenauer-

O controle concentrado de constitucionalidade está fundamentado na presunção de constitucionalidade das leis e na hierarquia e supremacia constitucional⁸⁷.

Em vista da competência para análise da constitucionalidade ser centralizada em uma Corte ou Tribunal Constitucional, no sistema concentrado ou de tipo austríaco, a instauração do processo constitucional de controle depende do exercício do direito de ação conferido a apenas alguns órgãos legitimados. O controle se desenvolve em via principal, instaurando-se um processo autônomo, que tem como objeto principal a análise da constitucionalidade abstrata da lei, independente de um caso concreto⁸⁸.

Acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, no sistema concentrado, a decisão do Tribunal tem eficácia geral, isto é, a lei inconstitucional é invalidada não apenas no caso concreto, os efeitos da decisão se estendem para todos os casos futuros⁸⁹.

Ainda, a decisão de inconstitucionalidade não declara a nulidade da lei, mas anula a lei inconstitucional. Isto significa que a lei inconstitucional é válida e eficaz até o momento em que for proferida a decisão do Tribunal Constitucional anulando-a. Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade

Stiftung, 2005. p. 48-54. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 84-5. Kelsen chega a cogitar uma ação popular perante o Tribunal Constitucional para examinar a regularidade de todos os atos submetidos a sua jurisdição, com legitimidade conferida a qualquer pessoa. No entanto, ele assevera que tal instrumento é arriscado, pois permitiria o ajuizamento de ações temerárias e poderia inviabilizar o funcionamento do Tribunal em decorrência do grande número de ações. Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 174. A instauração do controle de constitucionalidade na Itália também se faz por meio dos juízes ordinários, que remetem ao Tribunal Constitucional a questão da constitucionalidade. Cf. GROPPi, Tania. A justiça constitucional em Itália. In: *Revista Subjudice*. n. 20/21. janeiro/junho de 2001. p. 3-4.

⁸⁷ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 84.

⁸⁸ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 311-2; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 869 e 871; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 104-11.

⁸⁹ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5; KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 144-8; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 115-24.

tem, em regra, eficácia *ex nunc*, sem efeitos retroativos, pois além das conseqüências gravosas de qualquer efeito retroativo, há de ser respeitada a interpretação constitucional feita pelo próprio legislador e o princípio da segurança jurídica⁹⁰.

Mais, a Corte Constitucional da Áustria poderia conferir somente eficácia futura à sua decisão de inconstitucionalidade, permitindo que a anulação da norma inconstitucional só produza efeitos em uma data posterior à publicação. Essa prorrogação dos efeitos da decisão para o futuro, permitiria ao legislador substituir a lei inconstitucional por uma lei constitucional antes que a anulação se tornasse efetiva, de modo a evitar lacunas e prestigiar a segurança jurídica⁹¹.

Por conseguinte, a decisão do Tribunal Constitucional que anula a norma inconstitucional tem caráter constitutivo, vez que a norma é efetivamente desconstituída pelo reconhecimento do tribunal. Com efeito, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, pois a norma não é nula desde o início de sua vigência, a decisão é que a anula com eficácia retroativa⁹².

O modelo concentrado ou austríaco tem dois principais defeitos: 1) a legitimidade restrita, pois somente as cortes superiores podem instaurar o controle perante o Tribunal Constitucional, o que acarreta o inconveniente de somente na fase final, após grande lapso temporal, ser resolvida a questão da

⁹⁰ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5; KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 170-3; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 115-24.

⁹¹ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305; KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 170-3; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 115-24.

⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes., 1998. p. 300-8. Regina Ferrari e Ferreira Filho asseveram a decisão de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, pois não irá apenas declarar a inconstitucionalidade, a decisão irá também desconstituir o ato normativo. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. in: *Revista do Advogado*. n. 76 São Paulo: AASP, 2004. p. 68-71 e FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158-61.

constitucionalidade da lei⁹³; e, 2) a eficácia *ex nunc* acarretaria a falta de efeitos práticos ao caso base do controle concreto, o que retiraria o interesse no controle de constitucionalidade e inibiria o ajuizamento de ações⁹⁴.

A legitimidade restrita foi solucionada pelos sistemas alemão e italiano ao se conceder a todos os juízes o poder dever de, deparando-se diante de uma norma que reputeem inconstitucional, submeter a questão da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional⁹⁵.

Já o problema da eficácia *ex nunc* ao caso base de controle e a conseqüente falta de efeitos práticos foi resolvida com a concessão de efeitos retroativos ao caso base do controle de constitucionalidade e aos casos pendentes, com a finalidade de evitar o colapso do próprio sistema pela falta de interesse na instauração do controle⁹⁶.

1.5. Aproximação entre os controles difuso e concentrado

Pode-se dizer que há uma aproximação entre os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade, americano e austríaco, sobretudo no que diz respeito à eficácia das decisões de inconstitucionalidade e à legitimidade para instaurar o processo de controle.

Na Áustria, ampliou-se a legitimidade para instauração do controle concentrado de constitucionalidade. Originariamente, não era permitido aos juízes e tribunais instaurar o controle concentrado por falta de legitimidade. Porém, após a reforma constitucional de 1929, foi concedida legitimidade à Corte Suprema para causas civis e penais e à Corte Suprema para causas

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 109-10; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 124-5.

⁹⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 749. Neste sentido, Zagrebelsky afirma que a aplicação de eficácia *ex nunc* ou futura retira o interesse do juiz e das partes em promover o controle de legitimidade constitucional. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. p. 168-9.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 109-10; SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. MARTINS, Leonardo. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. p. 48-54.

⁹⁶ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305; CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 32-3.

administrativas para instaurar o processo constitucional perante a Corte Constitucional austríaca⁹⁷.

Já na Alemanha, país que adota o modelo austríaco de controle concentrado, foi ampliada a legitimidade para instauração do processo constitucional de controle ao se conceder aos juízes e aos tribunais, caso estejam diante de uma lei que lhe pareça inconstitucional, um poder de suspender o caso concreto e remeter a questão da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional⁹⁸.

Dessa maneira, no controle concentrado alemão e austríaco, há uma relativização do binômio controle concentrado e controle difuso, pois os juízes são partícipes do processo de controle de constitucionalidade, haja vista que podem obstar o exame do Tribunal Constitucional. De fato, os órgãos jurisdicionais ordinários não decidem autonomamente a questão da constitucionalidade, mas decidem acerca do envio da questão à Corte Constitucional⁹⁹.

De igual modo, a jurisdição constitucional na Itália apresenta características dos sistemas difusos e concentrado. O controle de constitucionalidade é concentrado no caso de leis e atos com força de lei e deve ser suscitado pelo juiz ordinário, que remete a questão de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional. Por outro lado, no modelo italiano, o controle da constitucionalidade dos atos normativos desprovidos de força de lei é feito pelos juízes ordinários, assemelhando-se ao sistema difuso¹⁰⁰.

Pode-se dizer também que o controle de constitucionalidade difuso e incidental do sistema americano, baseado na solução do caso concreto, tem

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 106; SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Revista de Direito Público*. n 02 (out-nov-dez/2003).

⁹⁸ SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. MARTINS, Leonardo. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. p. 48-54.

⁹⁹ SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Revista de Direito Público*. n 02 (out-nov-dez/2003). p. 15.

¹⁰⁰ GROPPI, Tania. A justiça constitucional em Itália. In: *Revista Subjudice*. n. 20/21. janeiro/junho de 2001. p.4-6; PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional. Uma perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson S.L., 2004. p. 46-8.

certa aproximação com o controle de constitucionalidade em abstrato, pois a Suprema Corte dos Estados Unidos utiliza o caso concreto apenas como veículo para a introdução de nova decisão que afetará a política pública e diversas situações concretas, além da que foi objeto de julgamento¹⁰¹.

A aproximação entre os modelos americano e austríaco é mais nítida na questão dos efeitos conferidos à decisão de inconstitucionalidade. De fato, há uma tendência de universalização das alternativas de declaração de inconstitucionalidade, o que atenua as diferenças entre os dois sistemas tradicionais¹⁰². Enquanto que no modelo austríaco ocorrem atenuações à eficácia *ex nunc*, atribuindo-se retroatividade à decisão no caso base do controle de constitucionalidade e nos casos pendentes, no modelo americano há a admissão de eficácia *ex nunc*¹⁰³.

Como já mencionado no tópico anterior, o modelo americano ou difuso, atribui, em regra, eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade, considerando a lei inconstitucional nula e incapaz de produzir quaisquer efeitos. Contudo, a partir do caso *Linkletter v Walker*, admitiu-se a mitigação da teoria de nulidade absoluta da lei inconstitucional ao argumento de que a Constituição nem proíbe nem impõe o efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade. Com isso, o sistema americano passou a admitir a

¹⁰¹ Corroborando este entendimento, Martin Shapiro e Alec Sweet exemplificam inúmeros casos onde a decisão e os efeitos para o caso concreto se afiguram irrelevantes se comparados aos efeitos da decisão para as demais situações, como *Brown v. Board of Education* (USSC 1954), *Roe v. Wade* (USSC 1973) e *Gideon v. Wainwright* (USSC 1963). Cf. SHAPIRO, Martin e SWEET, Alec Stone. *Abstract and concrete review in the United States*. Disponível em www.oxfordscholarship.com. Registra-se que no caso *Roe v. Wade*, que tratava do aborto, quando da decisão da Suprema Corte, a criança que foi objeto do processo concreto, no qual se suscitava a legalidade do aborto, já havia nascido. Todavia, apesar de prejudicado por não gerar mais quaisquer efeitos práticos para o caso concreto, o processo teve seguimento para discutir a questão em tese.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 464-5 e BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

¹⁰³ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 535-7; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 122 e SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Revista de Direito Público*. n 02 (out-nov-dez/2003); VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/1999*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 188.

concessão de efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade quando da solução do caso concreto¹⁰⁴.

Por sua vez, no modelo austríaco ou concentrado, a lei inconstitucional é, em regra, anulável com eficácia *ex nunc*. Entretanto admite-se, em alguns casos, a concessão de eficácia retroativa à decisão. Ao caso concreto que esteve na base do controle de constitucionalidade e, de acordo com a jurisprudência mais recente, aos casos pendentes de julgamento, atribuir-se-á eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade¹⁰⁵.

Também se pode notar a aproximação entre os dois modelos com relação à amplitude dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. No sistema americano, em regra, a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos inter-partes, limitado ao caso concreto. Contudo, no modelo americano, a adoção do princípio do *stare decisis* amplia os efeitos da decisão para além do caso concreto, produzindo efeitos práticos semelhantes à eficácia *erga omnes*, assemelhando-se ao controle de tipo austríaco concentrado¹⁰⁶.

1.6. Controle de constitucionalidade no Brasil: sistema misto

O Brasil adotou o sistema misto¹⁰⁷ de controle de constitucionalidade, conjugando o sistema difuso com o sistema concentrado. De fato, em

¹⁰⁴ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 218-9; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In: *Direito Público*. Porto Alegre, 2005. n. 8. pp. 154-155 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 61.

¹⁰⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 681-2; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13-5; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5 e CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 121-2. A necessidade da concessão de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade no caso concreto advém do desincentivo que a solução contrária representaria às partes, o que poderia comprometer o próprio sistema de controle de constitucionalidade. Cf. CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 32-3.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 118 e SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Revista de Direito Público*. n 02 (out-nov-dez/2003).

¹⁰⁷ No sistema misto brasileiro se misturam o sistema difuso e o concentrado na mesma estrutura do Poder Judiciário. Sendo assim, José Afonso da Silva enumera ainda o sistema dual ou paralelo, como sendo

consonância com o controle difuso, no Brasil, todos os juízes têm poder para examinar a constitucionalidade, de maneira incidental, quando do julgamento das causas de sua competência. Ao mesmo tempo, conforme o sistema concentrado, existe um Tribunal Constitucional competente para apreciação da constitucionalidade das leis em abstrato, independente da existência de qualquer litígio, tendo sua decisão força obrigatória geral.

No sistema misto, os juízes, os tribunais e o Tribunal Constitucional têm competência para análise da questão constitucional. Os juízes e os tribunais julgam a questão de constitucionalidade apresentada nos casos de sua competência, sendo esta decisão recorrível ao Tribunal Constitucional, no exercício do controle difuso. Ainda, o Tribunal Constitucional, além de exercer o controle difuso em sede recursal, exercita o controle concentrado ao examinar a constitucionalidade em tese das normas impugnadas¹⁰⁸.

Com a Constituição de 1988 foi reduzido o significado do controle difuso de constitucionalidade e ampliado o controle concentrado, principalmente em razão do aumento dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, de tal modo a permitir que quase todas as controvérsias constitucionais sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade em tese, independente de um litígio concreto. Com efeito, a presteza e a celeridade do controle concentrado, aliada a possibilidade de suspensão cautelar do ato impugnado, fazem com que as

um sistema de controle de constitucionalidade onde coexiste o sistema difuso e concentrado, no entanto sem se misturarem. O que significa que a Corte Constitucional não tem contato com o sistema difuso e nem competência recursal. Adotam este sistema o Peru e o Equador. Registra-se, ainda, que José Afonso da Silva defende o sistema dual ou paralelo, pois no seu entender a Corte Constitucional não pode contaminar-se com sistema difuso, no seu objetivo de defender a Constituição. Cf. SILVA, José Afonso da. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 6. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 10-1; BELAUNDE, Domingo García. *Derecho procesal constitucional*. Trujillo: Universidad Cesar Vallejo, 1998. p. 40-2; EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. La jurisdicción constitucional en el Peru: características, problemas y propuestas para su reforma. In: *La Constitución y su defensa*. coord. BELAUNDE, Domingo García. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003. p. 132-6.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1014-5; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 64-7. MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional Português: a “fiscalização concreta” no quadro de um sistema misto de Justiça Constitucional. In: *Direito Público*. n. 3. jan.-fev.-mar./2004. São Paulo: Síntese, 2004. p. 65.

relevantes questões constitucionais sejam resolvidas por meio do controle abstrato¹⁰⁹.

1.6.1. Controle difuso no Brasil

No Brasil, todos os juízes têm poder para declarar a inconstitucionalidade quando do julgamento de um processo, de um litígio concreto, de sua competência e a questão da constitucionalidade se afigurar como uma questão prejudicial e necessária para o julgamento da causa. Neste caso, a questão da constitucionalidade é um incidente, ou seja, não é o objeto principal do processo, mas o julgamento do mérito exige sua solução¹¹⁰.

A decisão de inconstitucionalidade proferida no sistema difuso, quando do julgamento de um caso concreto, acarreta a inaplicabilidade da norma reputada inconstitucional somente no caso em julgamento¹¹¹.

Uma peculiaridade do sistema brasileiro é o princípio da reserva de plenário, consagrado no artigo 97 da Constituição Federal, que exige, para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.

Assim, o controle de constitucionalidade difuso exercido por um juiz singular de primeira instância não tem disciplina processual específica, porém o controle de constitucionalidade por parte dos tribunais obedece ao princípio da reserva de plenário, conforme o artigo 97 da Constituição Federal¹¹².

Isto significa que a inconstitucionalidade somente poderá ser proferida pelos tribunais por maioria absoluta de seus membros ou por maioria absoluta do órgão especial. Assim, nos tribunais, a questão da constitucionalidade

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1003 e 1048-9; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1014-5; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 77-8.

¹¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 64-8; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 39.

¹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 34; PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 185; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 83-5.

deverá ser transferida dos órgãos colegiados fracionários ao órgão máximo do tribunal – plenário ou órgão especial – que decidirá somente o incidente de inconstitucionalidade, ficando o julgamento da causa principal ao órgão fracionário que suscitou o incidente de inconstitucionalidade. Ressalva-se que o órgão fracionário fica vinculado à decisão do órgão especial ou do plenário acerca da constitucionalidade ou não do ato impugnado¹¹³.

O Supremo Tribunal Federal também exerce o controle de constitucionalidade difuso em grau recursal mediante o julgamento de recursos extraordinários das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo contestado em face da Constituição Federal, conforme o artigo 102, inciso II e alíneas, da Constituição Federal de 1988.

1.6.2. Controle concentrado no Brasil

O controle concentrado no Brasil é exercido pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar a constitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato¹¹⁴. Contudo, é necessário ressaltar-se que os tribunais estaduais

¹¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 34-49; PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 184-96. Não é necessário o incidente de inconstitucionalidade quando já existe precedente do órgão jurisdicional máximo do próprio tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional. Também é importante registrar-se que o incidente se faz necessário somente no caso da decisão de inconstitucionalidade, não sendo necessário o incidente para a declaração da constitucionalidade do ato pelo órgão fracionário. Cf. PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 187-8; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1019-20.

¹¹⁴ O direito federal passível de impugnação e de análise pelo Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato, consiste em: 1) direito constitucional secundário, vez que a reforma constitucional deve observar as exigências formais (art. 60 da CF) e as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF); 2) emendas constitucionais e, inclusive, propostas de emenda constitucional; 3) leis formais e materiais, entre elas a medida provisória; 4) decretos legislativos do Congresso, consubstanciados no art. 49, incisos I e V da CF; 5) decreto legislativo do Chefe do Executivo que promulga tratados e convenções; 6) atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União; 7) regimentos dos Tribunais Superiores, se possuírem caráter autônomo; 8) atos do Executivo com força normativa aprovados pelo Presidente da República. O direito estadual passível de análise pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado se consubstancia em: 1) disposições da Constituição Estadual; 2) leis estaduais, em sentido amplo; 3) leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União (parágrafo único do art. 22 da CF); 4) decreto editado com força de lei; 5) regimento dos Tribunais Estaduais e Assembleias Legislativas; 6) atos normativos editados por pessoas

também podem fazer o controle de constitucionalidade abstrato dos atos normativos municipais e estaduais em face da Constituição estadual, conforme o artigo 125, §2º, da Constituição Federal.

No controle concentrado ou abstrato, o exame de constitucionalidade independe de um litígio concreto e a questão de constitucionalidade é o objeto principal do processo.

O controle concentrado de constitucionalidade é instaurado por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹¹⁵.

O processo de controle abstrato de constitucionalidade, por ser um processo objetivo, tem algumas peculiaridades, não se aplicando todas as normas de Direito Processual comum, de caráter subjetivo¹¹⁶.

De fato, o processo de controle concentrado de constitucionalidade tem natureza objetiva, não conhece partes e pode ser deflagrado sem a necessidade de comprovação de um interesse jurídico específico¹¹⁷.

Neste mesmo sentido, Canotilho disserta sobre a objetividade do controle concentrado:

“O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a ‘defesa da constituição’ e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à

jurídicas de direito público estadual. Ressalva-se que as leis e atos normativos enumerados acima e editados pelo Distrito Federal são passíveis de impugnação por ação constitucional e podem ser analisados pelo Supremo, entretanto os atos normativos e leis editadas do Distrito Federal no exercício da competência municipal não podem ser objeto do controle abstrato de normas. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 194 a 196; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 175 a 177.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111.

¹¹⁶ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Elementos para uma teoria do processo objetivo de defesa da Constituição*. In: FÉRES, Marcelo Andrade & CARVALHO, Paulo Gustavo M. *Processo nos Tribunais Superiores*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 339 a 342. São aplicadas regras processuais próprias no controle abstrato, sendo a aplicação das normas processuais tradicionais apenas subsidiária. Cf. BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 354-5.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 356; BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 286-91.

constituição. Dado que se trata de um processo objectivo, a legitimidade para solicitar esse controlo é geralmente reservada a um número restrito de entidades”¹¹⁸.

“Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo e de normas não é um processo contraditório, no qual as partes ‘litigam’ pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente de um *processo objectivo*, sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos”¹¹⁹.

O carácter objetivo do processo de controle abstrato de normas é acentuado pela ampliação da legitimidade para a propositura da ação a diferentes órgãos e entidades que atuam como representantes do interesse público na preservação da segurança jurídica e não na defesa de interesses próprios ou alheios¹²⁰. Há no controle abstrato de normas “um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente um requerido”¹²¹.

Neste sentido vale transcrever o parecer emitido por Gilmar Mendes, quando era Procurador da República, na Rp. 1.405 de relatoria do Min. Moreira Alves:

“Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição.” (...) “Neste sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente um requerido”¹²².

Também sobre o tema, destaca-se o voto do Min. Moreira Alves quando do julgamento da ADC 1, nos seguintes termos:

“Esta Corte já firmou entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.871.

¹¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.980.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 156 e 157.

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 356.

¹²² Parecer emitido por Gilmar Mendes na Rp. 1.405, quando este era Procurador da República e transcrito em MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 141. nota 25.

processo objetivo, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos poderes constituídos decorrente da observação, ou não, da Constituição pelos atos normativos dele emanados”¹²³.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica quanto à natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas¹²⁴.

Portanto, a não identificação de partes contrárias nas ações do controle concentrado de constitucionalidade apenas corrobora a natureza objetiva do controle abstrato¹²⁵.

Assim, como consequência da natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade, o órgão legitimado para a propositura da ação constitucional não necessita demonstrar um interesse jurídico específico na causa, pois, age representando o interesse público na defesa da Constituição e na preservação da segurança jurídica. Logo, o controle abstrato de normas exige para a sua instauração apenas a existência de um interesse público na apreciação da questão pelo Tribunal Constitucional¹²⁶.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ. 16/06/1995. p. 18.213.

¹²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI-ED 2.982/CE. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos de Declaração. Questões relacionadas à violação do devido processo legal, do contraditório e à inconstitucionalidade por arrastamento. 3. Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. 4. Informações complementares. Faculdade de requisição atribuída ao relator com o objetivo de permitir-lhe uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia. 5. Extensão de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados expressamente na inicial. Inconstitucionalidade por arrastamento. Tema devidamente apreciado no julgamento da Questão de Ordem. 6. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. 7. Embargos de declaração rejeitados. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ. 22/09/2006. p. 29.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 155 a 157.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 139 a 142 e 356. Neste ponto é importante observar-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige que o objeto da ação tenha pertinência temática com as atividades do órgão legitimado para a instauração do controle concentrado quando se tratar de confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1054. Ainda: ADI 2797/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 19/12/2006. p. 37. Neste sentido: ADI 1.507-MC-AgR, Relator Min. Carlos Velloso, DJ de 06/06/1997; ADI 1.307-MC, Relator Min. Francisco Rezek, DJ de 24/05/1996; ADI-AgR 3906, Relator Min. Menezes Direito, DJ 05/09/2008, p.25.

Todavia, deve-se destacar que o órgão legitimado pode decidir apenas sobre a propositura da ação constitucional. Dessa maneira, proposta a ação constitucional pelo órgão legitimado para tal, este não tem poder de disposição sobre ação, sendo vedada a desistência ou o impedimento da análise da impugnação pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁷.

A vedação da atuação de ofício do Tribunal Constitucional pela imposição de que um órgão externo instaure o controle abstrato funda-se numa garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional, evitando o desequilíbrio entre os poderes. Todavia, após a instauração do controle abstrato, o órgão autor da ação constitucional não tem qualquer disposição sobre o processo, não se admitindo a desistência da ação¹²⁸.

Ademais, as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade não estão vinculadas a qualquer prazo prescricional ou decadencial, haja vista que as normas inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso de tempo¹²⁹.

É obrigatório que o autor da ação constitucional indique os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada impugnação, consoante determinação do inciso I do artigo 3º da Lei 9.868/99 e inciso I e II do artigo 3º da Lei 9.882/99.

Não obstante a obrigatoriedade legal de o autor indicar os fundamentos jurídicos que embasam sua impugnação, sob pena de indeferimento liminar da ação constitucional, o Supremo Tribunal Federal não está vinculado no julgamento aos fundamentos jurídicos constantes na inicial¹³⁰. No entanto,

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 140. Ainda: ADI-MC 892, Relator Min. Celso de Mello, DJ de 07/11/1997, p. 57.230.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 242. Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “Ação direta de inconstitucionalidade e prazo decadencial. O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo - Súmula 360”. Cf. ADI 1.247-MC, Relator; Min. Celso de Mello, DJ de 08/09/1995, p. 28.354.

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 241.

cumprir ressaltar que, apesar do Supremo não estar adstrito aos fundamentos jurídicos expostos na petição inicial, ele está vinculado ao pedido¹³¹.

Sobre o tema, vale transcrever o entendimento de Canotilho:

“Todavia, pedida a declaração de um tipo de inconstitucionalidade, o TC pode declarar a inconstitucionalidade com base em vício diferente (ex.: inconstitucionalidade material em vez de inconstitucionalidade orgânica ou formal). O Tribunal Constitucional está condicionado, nos seus poderes de cognição, pelo pedido mas não pela causa de pedir”¹³².

Igualmente, é necessário destacar o seguinte trecho do voto do Min. Moreira Alves no julgamento da ADC 1/DF:

“Por isso mesmo, dado o caráter objetivo de processo relativo à ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o requerente não pode desistir da ação proposta; a *causa petendi* não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca todas as normas que integram a Constituição Federal...”¹³³.

1.7. Decisões e técnicas no controle de constitucionalidade

1.7.1. Considerações iniciais

As decisões no controle de constitucionalidade não se limitam apenas a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Há diversas modalidades alternativas de decisões intermediárias, tendo sido o modelo clássico dual da nulidade ou conformidade superado por meio das técnicas de decisão constitucional, que buscam evitar os efeitos gravosos que podem advir das decisões do Tribunal Constitucional¹³⁴.

Neste tópico, então, abordar-se-á alguns tipos de decisões utilizadas no controle de constitucionalidade. Necessário registrar-se, porém, que as

¹³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 240-1; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 687.

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 980.

¹³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC 1/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ. 16/06/1995. p. 18.213.

¹³⁴ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa; Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad. In: *Tribunales y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 180.

técnicas de decisão não se limitam aos modelos expostos abaixo, vez que as próprias técnicas podem se misturar, ocasionando uma decisão híbrida, e, ainda, podem surgir novas técnicas de decisão diante das necessidades práticas advindas do caso em análise.

Antes de tratar das técnicas de decisão, se faz necessário registrar algumas peculiaridades do sistema brasileiro, como o quorum para instalação da sessão e para a decisão de inconstitucionalidade, a irrecorribilidade das decisões de constitucionalidade proferidas no controle abstrato e a inexistência de prazo prescricional ou decadencial.

O artigo 22, da Lei 9.868/99, impõe que a decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma somente será tomada se presentes pelo menos oito Ministros na sessão¹³⁵.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em análise será declarada por decisão da maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, ou seja, seis Ministros¹³⁶, consoante o artigo 23 da Lei 9.868/99. Caso não seja alcançado o quorum para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em apreço, o julgamento será suspenso e aguardar-se-á o comparecimento dos Ministros ausentes, até que seja atingido o número necessário para a decisão, de acordo com o parágrafo único do artigo 23 da Lei 9.868/99.

Já o artigo 26 da Lei 9.868/99 prevê a irrecorribilidade da decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade, salvo a interposição de embargos de declaração. Tal

¹³⁵ Acerca da decisão sobre a arguição de preceito fundamental, o artigo 8º da Lei 9.882/99 impõe que tal decisão somente será tomada se presentes dois terços dos membros do Supremo Tribunal, ou seja, oito Ministros.

¹³⁶ Destaca-se que no Peru, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional exigia, para a declaração de inconstitucionalidade, o voto de seis dos sete membros que compõem o Tribunal. Hoje tal exigência foi atenuada, sendo necessário o voto de cinco do total de sete membros, conforme o artigo 5 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional peruano. Ainda sobre o tema: EGUIGUREN PRAELI, José Francisco. Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad. In: *Tribunales y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 176-7.

artigo prevê, ainda, a impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra as decisões proferidas no controle abstrato¹³⁷.

A ação direta de inconstitucionalidade não está vinculada a qualquer prazo prescricional ou decadencial, haja vista que as normas inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso de tempo¹³⁸. Entretanto, o ato concreto fundamentado na norma inconstitucional não poderá ser impugnado a qualquer tempo, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Dessa maneira, apesar da declaração de inconstitucionalidade gerar, por conseqüência, a nulidade da norma desde a sua vigência, não se poderá eivar de nulidade todos os atos baseados na norma inconstitucional. Em proteção ao princípio da segurança jurídica, aplica-se o instituto da preclusão, onde somente poderão ser modificados os atos concretos passíveis de revisão ou impugnação, além da exceção consubstanciada na sentença condenatória penal¹³⁹.

Admite-se, contudo, no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão, a propositura de ação rescisória para modificar o julgado proferido com base em uma lei declarada inconstitucional. Ainda, a execução de uma decisão fundada em lei declarada inconstitucional poderá ser obstada tanto por ação rescisória como por embargos à execução¹⁴⁰.

1.7.2. Declaração de nulidade

Julgada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, esta será, via de regra, considerada nula e os efeitos da decisão da inconstitucionalidade serão *ex tunc*, retroagindo até a entrada em vigor da norma¹⁴¹. Todavia, admite-se a restrição dos efeitos da decisão de

¹³⁷ De igual modo, o artigo 12 da Lei 9.882/99 determina que a decisão sobre a arguição de preceito fundamental é irrecurível e não pode ser objeto de rescisória.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 242.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 420 e 538 a 541.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 421 e 422.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 404.

inconstitucionalidade, em função do interesse social ou da segurança jurídica, conforme o artigo 27 da Lei 9.868/99.

A decisão de nulidade da norma inconstitucional pode ser total ou parcial.

A decisão de nulidade total é proferida em decorrência de vícios formais na produção da norma ou em razão de uma relação de dependência entre os diversos dispositivos constitucionais e inconstitucionais da norma, de modo que retirando alguns dispositivos a norma perderia sentido ou mudaria a intenção inicial do legislador¹⁴².

Já a decisão de nulidade parcial, ocorre somente em normas divisíveis, onde declarar-se-á a nulidade apenas das partes eivadas do vício de inconstitucionalidade, preservando-se o restante, desde que não seja modificada a vontade do legislador¹⁴³.

É possível, ainda, a declaração de nulidade parcial sem redução do texto da norma, prevista no artigo 28 da Lei 9.868/99, quando o Tribunal considera inconstitucional tão-somente a aplicação da norma em determinadas situações, sem modificar o programa normativo¹⁴⁴. Há uma modificação no âmbito de aplicação da lei, contudo sem modificação do texto normativo¹⁴⁵.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 341-2; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 413; BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa..

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 342 e 34; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 413; BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa. Ainda, destaca-se o entendimento do Min. Moreira Alves quando do julgamento da ADI 896-MC: “Não só a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada”. Cf. ADI 896-MC, relator Min. Moreira Alves, DJ de 16/02/1996, p. 2997

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1185-7. Interpretação conforme à Constituição é diferente de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Com efeito, quando se enfatizar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, o Tribunal deve utilizar a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em oposição, a interpretação conforme à Constituição, deverá ser utilizada quando se pretender declarar a constitucionalidade da lei. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 413-4. De acordo com Hesse, programa normativo é o texto é a ordem, a prescrição, o próprio texto da norma, que difere do âmbito normativo – a realidade juridicamente afetada pela norma. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito*

1.7.3. Interpretação conforme à Constituição

Esta técnica de decisão é decorrente do princípio da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade das leis¹⁴⁶.

A interpretação conforme à Constituição ocorre quando o Supremo Federal Tribunal declara a constitucionalidade da norma objeto do controle concentrado desde que interpretada em conformidade com a Constituição Federal. Normalmente, quando usa esta técnica de decisão, o Supremo incorpora, sucintamente, o resultado da interpretação na parte dispositiva do julgado¹⁴⁷.

Tal técnica de decisão fundamenta-se na supremacia da Constituição, o que obriga que as demais normas jurídicas sejam interpretadas em conformidade com a Carta Magna. Ademais, presume-se também que o legislador não visava promulgar uma lei inconstitucional. Contudo, a interpretação conforme à Constituição é inadmissível nos casos em que afrontar a expressão literal do texto da norma e nos casos que alterar a intenção originária do legislador¹⁴⁸.

Interpretação conforme à Constituição é diferente de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Com efeito, quando se enfatizar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, o Tribunal deve utilizar a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que,

Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 50-1.

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 260.

¹⁴⁶ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 346-51. Rui Medeiros adverte que a interpretação conforme à Constituição também pode ser utilizada para escolher a melhor interpretação da norma à luz da Constituição, mesmo quando as outras interpretações possíveis não conduzam à inconstitucionalidade. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 289-91.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 413-4. Rui Medeiros assevera que o princípio da supremacia da Constituição tem dupla significação: é uma regra de colisão e um critério de interpretação. A interpretação conforme à Constituição baseia-se na interpretação sistemático-teleológica do ordenamento jurídico. De fato, a interpretação de uma norma deve levar em conta toda a ordem jurídica, horizontal e verticalmente, sobretudo nos sistemas onde se confere preeminência normativa à Constituição. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 289-97.

além de ser tecnicamente mais adequada, é dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a determinada hipótese). Já a interpretação conforme à Constituição, deverá ser utilizada quando se pretender declarar a constitucionalidade da lei¹⁴⁹.

1.7.4. Declaração de constitucionalidade e “lei ainda constitucional”

A declaração de constitucionalidade da norma objeto da ação constitucional pelo Supremo, por procedência da ação declaratória ou improcedência da ação direta, haja vista o caráter dúplice de tais ações, acaba com as dúvidas existentes a respeito da aplicação da norma e vincula os demais órgãos do Judiciário a adotar este entendimento¹⁵⁰.

Destaca-se, nas decisões declaratórias de constitucionalidade, a técnica de decisão denominada de lei ainda constitucional ou apelo ao legislador. Esta técnica é aplicada quando se está diante de um processo de inconstitucionalização, ou seja, uma situação constitucional está se encaminhando para um estado de inconstitucionalidade¹⁵¹. Assim, uma lei é ainda constitucional de acordo com a situação fática no momento da decisão,

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 414 -9. A interpretação conforme à Constituição, apesar de declarar a constitucionalidade da norma se interpretada de tal maneira, contém um repúdio a determinado tipo de interpretação que conduz à inconstitucionalidade e, nesse diapasão, contém uma decisão de inconstitucionalidade referente a uma determinada interpretação. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 298. Neste sentido, Alessandro Pizzorusso diz que as decisões interpretativas que pronunciam condicionalmente a constitucionalidade da norma impugnada à adoção de determinada interpretação têm caráter dúplice, pois, caso não seja adotada a interpretação adotada pelo Tribunal Constitucional, a aplicação da norma será inconstitucional. Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. v. II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 53-4.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111-2. Jorge Miranda não reconhece a declaração de constitucionalidade, haja vista que em Portugal não existe o instituto da ação declaratória de constitucionalidade, como no Brasil. Ainda, Jorge Miranda faz críticas a ação declaratória de constitucionalidade, pois tal instituto é desnecessário, haja vista que a atribuição de força obrigatória geral a não declaração de inconstitucionalidade produziria os mesmos efeitos, bem como tal instituto diminui o campo do controle difuso. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 78.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 6. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 13.

porém, com a alteração da realidade poderá decretar-se a inconstitucionalidade da lei reputada constitucional anteriormente¹⁵².

1.7.5. *Decisão de inconstitucionalidade com limitação de efeitos*

O ordenamento jurídico brasileiro, artigo 27 da Lei n. 9.868/99, permite, em caráter de exceção, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Assim, poderá o Supremo Tribunal Federal estabelecer a eficácia da decisão a partir da sua publicação ou de um outro momento posterior que deve ser fixado na decisão.

Apesar do artigo 27 da Lei 9.868/99 tratar apenas das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, é certo que a técnica consistente na limitação dos efeitos da inconstitucionalidade se estende a todo o controle de constitucionalidade, inclusive ao controle difuso, pois a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade é inerente à jurisdição constitucional, tendo o artigo 27 somente caráter interpretativo¹⁵³.

Tal técnica de decisão surgiu para atender a complexidade das relações jurídicas e das situações da vida, o que torna necessário o temperamento da decisão de inconstitucionalidade com a pronúncia de nulidade para adequá-la a outros princípios de hierarquia constitucional¹⁵⁴.

A decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos pode ocasionar gravames à própria ordem constitucional nos casos em que sua

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 425-32. Ainda: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 70.154/RS. DJ. 27/06/1997. p. 30.225. Tal técnica de decisão também é adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e, considerando a legitimidade democrática e a competência do legislador, o Tribunal Constitucional ao se deparar com uma lei obsoleta, em virtude das transformações sociais e econômicas, declara-a ainda constitucional, mas faz um apelo ao legislador para a atualização da norma, que pode vir a se tornar inconstitucional. Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. MARTINS, Leonardo. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. p. 112; BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 322 e 332.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 248.

aplicação se mostrar inadequada¹⁵⁵, como por exemplo, nas hipóteses de ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade.

Com efeito, no Brasil, a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e a desconstituição de todos os seus efeitos continua sendo a regra no ordenamento jurídico brasileiro. A limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade só é admissível quando, por meio de uma ponderação concreta, os efeitos retroativos da declaração de nulidade sacrificarem de maneira excessiva a segurança jurídica ou outro interesse constitucional¹⁵⁶.

Dessa forma, a decisão manipulativa dos efeitos da inconstitucionalidade tem caráter excepcional e pressupõe duas condições: uma formal, consubstanciada no fato de que a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a 8 Ministros; e outra material, que restringe os casos de limitação dos efeitos a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social¹⁵⁷.

Nestes termos, a decisão de modulação dos efeitos da inconstitucionalidade assume um procedimento bifásico: onde, na primeira fase, se decide acerca da constitucionalidade da norma impugnada, pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, 6 Ministros; e, na segunda fase, caso seja declarada a desconformidade da norma com a Constituição, se decidirá acerca da limitação ou não dos efeitos da inconstitucionalidade, exigindo-se o voto de 8 Ministros para tanto.

Portanto, a decisão de inconstitucionalidade com limitação de efeitos pode ter diferentes amplitudes: a decisão produzirá seus efeitos após o trânsito em julgado ou apenas após decurso do lapso temporal fixado na sentença. Admite-se, ainda, que a decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade suspenda a aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador venha a se posicionar acerca da situação inconstitucional nos casos

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 333.

¹⁵⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 713, 716 e 720.

¹⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 65.

lesões ao princípio da isonomia, de modo a evitar o agravamento da desigualdade verificada¹⁵⁸.

1.7.6. Decisões aditivas

A decisão aditiva é uma técnica de decisão por meio da qual o Tribunal Constitucional acrescenta um elemento na norma, modificando-a. Neste tipo de decisão, o Tribunal Constitucional verifica a inconstitucionalidade da norma em função de que seu âmbito normativo é menor do que deveria, isto é, a norma não contém tudo que deveria conter para se conformar com a Constituição. Dessa forma, o órgão de fiscalização da constitucionalidade acrescenta um elemento à norma impugnada para que esta seja constitucional ou, nos casos onde declara a inconstitucionalidade da norma, identifica uma norma já existente aplicável ao caso para reparar a lacuna advinda da decisão¹⁵⁹.

Apesar da tênue diferença entre as decisões aditivas e a decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto, que exclui determinada aplicação da norma por considerá-la inconstitucional, alterando-se o sentido original da norma, o Supremo Tribunal Federal mantinha a posição kelseniana de legislador negativo¹⁶⁰ e evitava a utilização de decisões aditivas¹⁶¹.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1204-6.

¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 85-6; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 380.

¹⁶⁰ Assinala-se que a metáfora do legislador negativo, de função estritamente cassatória das leis, é imprecisa, haja vista que o legislador negativo não deixa de ser, em certa medida, uma espécie de legislador positivo, pois, ao decidir acerca da cassação da norma inconstitucional, mantém o *status quo* ou faz repristinar a norma anterior que fora revogada pela lei inconstitucional, definindo qual norma jurídica será aplicável. Cf. GRECO, Marco Aurélio e PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da lei tributária, repetição do indébito*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 58-9.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1192-3. Todavia, em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal apesar de considerar que se utilizava da técnica de interpretação conforme à Constituição, na verdade, estaria utilizando decisões de efeitos aditivos, como por exemplo: ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, entre outras. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1193. nota n. 57. A principal crítica à utilização de decisões aditivas está sintetizada na violação ao princípio da separação de poderes, que veda ao Poder Judiciário legislar. Alessandro Pizzorusso sustenta que o risco de invasão de competências e a ameaça ao princípio da separação de poderes pode ser reduzida pela utilização dos seguintes freios: a) a própria autolimitação do Tribunal Constitucional; b) a iniciativa do processo constitucional não cabe ao Tribunal Constitucional, que age somente mediante provocação; c) a acordos e cooperação entre o Tribunal Constitucional e os demais

De fato, no julgamento do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁶² limitava-se à mera declaração da mora do legislativo e da omissão inconstitucional do dever de legislar, comunicando o Poder Legislativo da sua mora, para que este sanasse a omissão detectada. A decisão do mandado de injunção assumia, então, um caráter mandamental, no sentido de visar compelir o legislador a adotar a providência necessária para a solução da omissão inconstitucional, porém sem qualquer sanção para o caso de descumprimento¹⁶³.

Porém, hoje, constata-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mudou e passou a admitir a adoção de sentenças aditivas nos julgamentos relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que embaraçam o exercício de direitos constitucionais fundamentais.

A mudança de posicionamento parece ter se iniciado a partir do julgamento dos mandados de injunção 670, 708 e 712, impetrados contra a omissão do Congresso Nacional em regular o direito de greve dos servidores públicos, garantido constitucionalmente no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal¹⁶⁴.

poderes. Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. v. II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 342.

¹⁶² A jurisprudência de que cabe ao Supremo Tribunal Federal apenas declarar a mora do Legislativo e comunicá-lo iniciou-se a partir do julgamento do MI 107/DF; Relator: Min. Moreira Alves. DJ: 02/08/1991, p. 9916. Cf. voto do Min. Celso de Mello no MI 712/PA.

¹⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-5; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1197; MI 712/PA, voto do Min. Celso de Mello.

¹⁶⁴ Em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal apesar de considerar que se utilizava da técnica de interpretação conforme à Constituição, na verdade, estaria utilizando decisões de efeitos aditivos, como por exemplo: ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, entre outras. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1193. nota n. 57. Blanco de Moraes afirma que a utilização das decisões com efeitos aditivos, no Supremo Tribunal Federal, parece ter se iniciado quando do julgamento da ADI 3.015, que tratava da incidência da contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensões, em que pese o fato do relator para o acórdão, Min. Cezar Peluzzo, não reconhecer a natureza aditiva da decisão. Blanco de Moraes afirma que a decisão da ADI 3.105 se afigura uma sentença demolitória com efeitos aditivos, pois a decisão de inconstitucionalidade “demoliu” uma norma inconstitucional, ampliando o âmbito de incidência de outra norma cujo conteúdo estava restringido pela norma inconstitucional. Cf. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 257 e 376-8; ADI 3.105, relatora Min. Ellen Gracie Peluzzo, DJ de 18/02/2005, p.4.

De fato, a Constituição Federal, no artigo 37, inciso VII, assegurou o direito de greve aos servidores públicos nos termos e limites definidos em lei. Contudo, após quase dezenove anos da promulgação da Constituição e mesmo após o Supremo Tribunal Federal já ter declarado a mora legislativa no MI 20/DF, julgado em 19/05/1994, o Congresso Nacional se absteve, até o momento, de editar o ato normativo necessário a conferir plena eficácia ao direito constitucional fundamental de greve¹⁶⁵.

Assim, nos julgamentos dos mandados de injunção 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, decidiu que, para sanar a omissão legislativa, se aplica a Lei n. 7.783/89, que regula o direito de greve no setor privado, até que o Congresso Nacional venha a sanar a omissão legislativa inconstitucional consistente na falta de edição da lei a que se refere o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, que confere o direito de greve ao funcionalismo público¹⁶⁶.

Aqui, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de uma técnica de decisão aditiva, pois decidiu que a lei que trata de greve do setor privado será aplicada ao setor público até que o Congresso Nacional sane a omissão inconstitucional do seu dever de legislar, editando a lei aplicável ao caso. Logo, neste caso em análise, vê-se que houve o Supremo Tribunal Federal acrescentou um elemento, que inexistia, ao artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, ao afirmar que a Lei n. 7.783/89 será aplicada ao funcionalismo público até a edição de nova regulamentação.

Registra-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal poderá confirmar se trilhará o caminho das decisões aditivas quando do julgamento da ADPF 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que trata da questão do aborto de fetos anencéfalos.

¹⁶⁵ MI 712/PA, voto do Min. Celso de Mello.

¹⁶⁶ Cf. Informativo n. 485 do Supremo Tribunal Federal, Brasília 22 a 26 de outubro de 2007.

1.7.7. Técnicas de decisão no Direito Comparado

É certo que as técnicas de decisão surgem da necessidade de resolver as questões constitucionais da melhor maneira possível diante das possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico de cada país, de acordo com a cultura local, da relação existente entre o Tribunal Constitucional e o Parlamento, bem como do papel atribuído à Corte Constitucional.

Neste sentido, destacam-se as técnicas desenvolvidas pelo direito alemão e italiano para solução das questões de constitucionalidade, sobretudo no que diz respeito à omissão inconstitucional e à violação ao princípio da igualdade em decorrência da concessão de um benefício incompatível com a isonomia¹⁶⁷.

No direito alemão, é importante destacar a técnica de decisão do Tribunal Constitucional Federal consistente na declaração de mera incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade. Neste tipo de decisão, o Tribunal Constitucional se limita a declarar a norma inconstitucional apenas como incompatível com a Constituição. Assim, não há eficácia *ex tunc*, pois se omite intencionalmente a declaração de nulidade. Esta técnica surgiu nos casos de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade e também é aplicada nos casos de omissão inconstitucional. O Tribunal Constitucional entende que uma declaração de nulidade nesses casos implicaria uma intromissão inadmissível na liberdade de configuração do legislador, em razão das implicações orçamentárias, gerando uma situação ainda mais inconstitucional e ofensiva ao princípio da separação dos poderes. Dessa forma, a decisão de incompatibilidade acarreta uma suspensão da aplicação da lei e a suspensão dos processos até a aprovação de nova lei. Assim, por meio da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade o Tribunal Constitucional faz cessar a ultratividade da lei

¹⁶⁷ Neste caso, o que é inconstitucional não é o benefício em si nem a norma que o concede, mas a coexistência de regulamentações discriminatórias que concedem o benefício a determinado grupo e excluem outros grupos na mesma situação, sem qualquer fundamento, em ofensa ao princípio da igualdade. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 508.

inconstitucional e devolve a questão ao legislador, privilegiando os princípios da democracia e da separação de poderes¹⁶⁸.

Entretanto, há casos em que o legislador não tem opção de escolha, e, somente nestes casos, o Tribunal Constitucional alemão aceita a utilização de uma decisão aditiva. Estes casos se materializam quando a Constituição impõe uma determinada forma de correção da desigualdade ou quando, por determinadas razões, pode-se afirmar que o legislador trilharia determinado caminho se houvesse previsto a inconstitucionalidade¹⁶⁹.

Em oposição ao Tribunal Constitucional da Alemanha, a Corte Constitucional da Itália admite com mais facilidade a utilização de decisões aditivas porque, nos dois países, a relação do Tribunal Constitucional com o Parlamento é diferente. De fato, o Parlamento alemão costuma atender as decisões do Tribunal Constitucional em sede de apelo ao legislador e omissão inconstitucional ao contrário do Parlamento italiano¹⁷⁰.

No direito italiano, as sentenças aditivas são utilizadas pela Corte Constitucional nos casos onde a norma impugnada tem um conteúdo normativo menor que o exigido pela Constituição, como nos casos de violação ao princípio da isonomia, sendo um exemplo a concessão de vantagens a determinados grupos com exclusão indevida e injustificada de outros na mesma situação. Nestes casos o Tribunal Constitucional da Itália declara a inconstitucionalidade da parte da norma que, expressa ou implicitamente, exclui determinado grupo, em violação ao princípio da igualdade, aumentando,

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 267-77; SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. MARTINS, Leonardo. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. p. 112; BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 466-7; EGUIGUREN PRAELI, José Francisco. Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad. In: *Tribunales y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 189; FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 72.

¹⁶⁹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 467.

¹⁷⁰ Louis Favoreu afirma que a “influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a ordem jurídica e política é considerável, a ponto de dizerem habitualmente que, na Alemanha Federal, até mesmo acima do Estado de direito, fica o Estado dos juízes”. Cf. FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 75.

assim, o conteúdo normativo e restabelecendo a constitucionalidade sem criar lacunas pela decisão de nulidade¹⁷¹.

Todavia, nos casos onde a decisão de nulidade não é desejável e a utilização das decisões aditivas não é possível, em razão da existência de diversas opções para o restabelecimento da inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional da Itália faz uso das sentenças desestimatórias de nulidade com verificação da inconstitucionalidade, técnica de decisão que se aproxima da declaração de incompatibilidade do direito alemão e do apelo ao legislador. A sentença desestimatória de nulidade com verificação da inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da inconstitucionalidade sem a declaração da nulidade, o que importa na continuidade de vigência da lei inconstitucional. Neste tipo de decisão o Tribunal Constitucional, em sua fundamentação, deixa clara a necessidade de adequação da lei inconstitucional à Constituição, interpelando o legislador para que o faça, sob pena da declaração de nulidade da norma inconstitucional na próxima vez que tal norma for impugnada¹⁷².

1.8. Efeitos das decisões

1.8.1. Controle difuso

A decisão de inconstitucionalidade no controle difuso implica a desaplicação ou a não incidência da norma impugnada no julgamento do caso concreto¹⁷³. Em oposição, se a norma for considerada constitucional será aplicada normalmente ao caso sob julgamento.

As decisões no controle difuso de constitucionalidade tem eficácia inter-partes, limitando os efeitos da decisão ao caso concreto em julgamento¹⁷⁴.

¹⁷¹ EGUIGUREN PRAELI, José Francisco. Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad. In: *Tribunales y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 184-7; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 462.

¹⁷² EGUIGUREN PRAELI, José Francisco. Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad. In: *Tribunales y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 190.

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1015; MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional Português: a “fiscalização concreta” no quadro de um sistema misto de Justiça Constitucional. In: *Direito Público*. n. 3. jan.-fev.-mar./2004. São Paulo: Síntese, 2004. p. 73.

¹⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 104-6; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*,

Em regra, a decisão de inconstitucionalidade implica a nulidade da norma impugnada no controle difuso, com a desconstituição retroativa de todos os seus efeitos. Todavia os efeitos da decisão de inconstitucionalidade poderão ser limitados no caso concreto, desde que para a preservação da segurança jurídica ou de excepcional interesse social¹⁷⁵.

1.8.2. Controle concentrado

A decisão de inconstitucionalidade, em regra, acarreta a nulidade absoluta da lei inconstitucional, com a conseqüente desconstituição *ex tunc* de todos os efeitos produzidos por ela. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro, artigo 27 da Lei n. 9.868/99, permite, em caráter de exceção, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Assim, poderá o Supremo Tribunal Federal estabelecer a eficácia *ex nunc* da decisão a partir da sua publicação ou de um outro momento posterior que deve ser fixado na decisão.

Ademais, de acordo com o §2º do artigo 102 da Constituição Federal, as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública¹⁷⁶.

Outro efeito decorrente da decisão de inconstitucionalidade é a repristinação, ou seja, a restauração da vigência das leis que a norma

Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 29-35; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Notas sobre o controle da constitucionalidade no Brasil. In: *Justicia constitucional comparada*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993. p. 64. A eficácia inter-partes típica do controle difuso é excetuada nos casos de recurso extraordinário da decisão de jurisdição constitucional abstrata e das decisões em ações coletivas. Cf. TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 227.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207-9. De igual entendimento: NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 102; CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 66.

¹⁷⁶ De igual teor o artigo 28 da Lei 9.868/99 também dispõe que as decisões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e em relação à Administração.

inconstitucional tenha revogado, haja vista que a norma inconstitucional é, em regra, nula e seus efeitos devem ser desconstituídos¹⁷⁷.

Ainda, conforme o artigo 26 da Lei 9.868/99 e o artigo 12 da Lei 9.882/99, as decisões proferidas no controle abstrato são definitivas e imutáveis, não estando sujeitas a nenhum tipo de recurso e nem a desconstituição por meio de ação rescisória¹⁷⁸.

Portanto, em síntese, as decisões no controle de constitucionalidade abstrato têm eficácia *ex tunc*, em regra, e eficácia *ex nunc* em caráter de exceção, efeitos vinculantes, eficácia erga omnes, efeitos repristinatórios e caráter definitivo.

1.8.2.1. Eficácia *ex tunc* e eficácia *ex nunc*

Como já mencionado anteriormente e como será tratado mais detalhadamente no capítulo seguinte, a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e a desconstituição de todos os seus efeitos é a regra no ordenamento jurídico brasileiro. A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade só é admissível quando, por meio de uma ponderação concreta, os efeitos retroativos da declaração de nulidade sacrificarem de maneira excessiva a segurança jurídica ou outro interesse constitucional¹⁷⁹.

Dessa forma, a eficácia *ex nunc* tem caráter excepcional e pressupõe duas condições: uma formal, consubstanciada no fato de que a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a 8 Ministros; e outra material, que

¹⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 178; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 652.

¹⁷⁸ O caráter definitivo e a irrecorribilidade das decisões no controle abstrato significam que a decisão proferida no controle objetivo produz coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal porque a decisão se torna irrecorrível no mesmo processo. Coisa julgada material, nos casos de decisão de inconstitucionalidade, porque a norma inconstitucional será eliminada, impedindo a instauração de novos processos por falta de objeto. Ressalva-se que nas decisões de constitucionalidade não se forma coisa julgada material, pois a questão constitucional poderá ser novamente impugnada diante de uma alteração fática. Cf. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 203-4; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 536-8.

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 394-5; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 713, 716 e 720; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 282.

restringe os casos de limitação dos efeitos a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social¹⁸⁰.

1.8.2.2. Eficácia *erga omnes*

As decisões definitivas de mérito, tanto as proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade como nas ações declaratórias de constitucionalidade, conforme o § 2º do art. 102 da Constituição Federal e o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868, têm eficácia *erga omnes* ou contra todos.

A eficácia *erga omnes* é um instituto de direito processual e como consequência tem-se que uma mesma questão não poderá ser submetida por mais de uma vez ao Supremo Tribunal Federal. Ademais, proferida decisão definitiva de mérito pelo Supremo no controle concentrado, os demais órgãos do Judiciário ficarão obrigados a seguir esse entendimento¹⁸¹.

Entretanto, no que diz respeito à decisão de constitucionalidade ou de rejeição da inconstitucionalidade, é possível submeter novamente uma questão ao Supremo Tribunal Federal, nos casos onde houver significativa mudança da situação fática, da realidade normativa ou da orientação jurídica dominante, que poderá mudar seu entendimento em razão dos novos fatos e argumentos¹⁸².

A eficácia *erga omnes* elimina a ultra-atividade da norma declarada inconstitucional, observando-se, porém, o instituto da preclusão. Logo, os atos praticados com fundamento na lei declarada inconstitucional e não mais sujeitos à revisão ou impugnação não poderão ser modificados, enquanto que os atos baseados na lei declarada inconstitucional e passíveis de impugnação ou revisão poderão ser modificados¹⁸³.

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 65.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 535-6; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 798-9.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 536-8; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 180-1; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 768.

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 538-41.

Por fim, a eficácia *erga omnes* não vincula o legislador, que poderá editar nova norma de conteúdo igual que a anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Neste caso, caberá nova ação direta de inconstitucionalidade contra esta norma¹⁸⁴.

1.8.2.3. Efeito vinculante

O efeito vinculante encontra-se expresso no art. 102, §2º, da Constituição Federal, que determina que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O efeito vinculante também está previsto no art. 29, parágrafo único, da Lei 9.868.

O efeito vinculante tem como objetivo primordial conferir maior eficácia às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, outorgando força vinculante à parte dispositiva e também aos fundamentos determinantes da decisão¹⁸⁵.

Logo, proferida uma decisão definitiva de mérito pelo Supremo no controle concentrado de constitucionalidade, todos os órgãos do Judiciário e do Executivo deverão atuar em conformidade com a interpretação constitucional do Supremo.

Em caso de descumprimento das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo no controle concentrado de constitucionalidade é cabível a propositura de reclamação (Constituição Federal, artigo 102, inciso I) endereçada ao próprio Supremo para garantir a autoridade de suas decisões. No caso de inobservância pela Administração, o ato deverá ser impugnado

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 540-1; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 181-4.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 542; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 174-5 e 184-5. No direito português, Rui Medeiros entende que não há fundamentação para admitir-se a vinculação dos tribunais aos fundamentos determinantes da decisão. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 810.

judicialmente, cabendo responsabilização do agente público por grave violação do dever funcional (Código de Processo Civil, artigo 133). Todavia, o efeito vinculante não se aplica ao próprio Supremo¹⁸⁶ nem ao Poder Legislativo¹⁸⁷.

1.8.2.4. Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nas cautelares

As decisões concessivas de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante¹⁸⁸.

O deferimento da liminar na ação declaratória de constitucionalidade irá suspender os julgamentos, nas instâncias inferiores, que versem sobre a aplicação da lei impugnada no controle abstrato, até que o Supremo decida definitivamente a questão. Já a concessão da medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade suspenderá a eficácia da norma impugnada até a decisão final de mérito¹⁸⁹.

Finalmente, salienta-se que os efeitos da denegação da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade mostram-se controversos. Gilmar Ferreira Mendes, entende que nestas situações há “de se adotar fórmula semelhante à prevista no art. 21 da Lei n. 9.868/99, para a ação declaratória de constitucionalidade: determina-se a suspensão dos julgamentos que envolvam a aplicação da lei até a decisão final do Supremo Tribunal sobre a controvérsia constitucional”. Dessa forma, proteger-se-ia a segurança jurídica, sem conceder, de início, efeito vinculante a decisão denegatória da cautelar¹⁹⁰.

¹⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1223; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 180-1; ADI 2.675/PE. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão 27/11/2003.

¹⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 181-4; Rcl-AgR 2.617/MG. Relator: Min. Cezar Peluzo. DJ. 20/05/2005. p. 7; Rcl-AgR 1.880/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ. 19/03/2004. p.17.

¹⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADC-MC 12/DF. Relator: Min. Carlos Britto. DJ. 01/09/2006 p. 15; Rcl. 935/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ. 17/10/2003. p. 14. e ADC-MC 8/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ. 04/04/2003. p.38.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 249-50; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 553-61.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 565.

1.8.2.5. Efeito repristinatório

A decisão de inconstitucionalidade tem efeito repristinatório, ou seja, as normas que a lei inconstitucional tenha revogado terão sua vigência restaurada, pois como a norma inconstitucional é, em regra, nula, seus efeitos devem ser desconstituídos¹⁹¹.

O efeito repristinatório decorre automaticamente da decisão de inconstitucionalidade. Todavia, não haverá repristinação, por óbvio, se a norma inconstitucional não tiver revogado qualquer norma anterior. A modulação de efeitos pode afastar o efeito repristinatório¹⁹².

¹⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 178; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 652; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 184-8.

¹⁹² MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 660-1; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 184-8..

2. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O presente capítulo abordará a aplicação do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 que introduziu o efeito *ex nunc* no controle de constitucionalidade e possibilitou que o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior que venha a ser fixado na decisão.

Uma Constituição na qual os atos e leis inconstitucionais permanecem válidos não é obrigatória. Impõe-se como necessário um mecanismo de anulação dos atos inconstitucionais para a garantia da Constituição, dado o princípio da hierarquia do ordenamento jurídico¹⁹³.

No ordenamento jurídico brasileiro, os atos inconstitucionais estão, em regra, sujeitos à nulidade absoluta, com a conseqüente desconstituição *ex tunc* de todos os seus efeitos, e, excepcionalmente, à anulabilidade ou nulidade mitigada, com eficácia *ex nunc* ou prospectiva.

De fato, a teoria da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro e vem sendo sustentada por grande parte da doutrina, que equipara inconstitucionalidade com nulidade¹⁹⁴. Logo, a lei declarada inconstitucional é considerada nula de pleno direito e possui eficácia *ex tunc*,

¹⁹³ A constitucionalidade das leis pode ser garantida por dois meios: a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação da norma. Todavia, a responsabilização pessoal não é muito eficaz, pois a lei inconstitucional se mantém. Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 179-80; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 302-3. De posição semelhante, Ferreira Filho entende que o controle de constitucionalidade é a garantia da imperatividade da Constituição. Onde o controle inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde a força normativa e se torna meras recomendações. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999). In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 5. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 106.

¹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

ou seja, seus efeitos retroagem para a entrada em vigor da norma inconstitucional¹⁹⁵. Por conseguinte, a lei declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade não poderá produzir mais efeitos.

Contudo, com a evolução do direito constitucional e a maior complexidade das relações jurídicas, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Há, inclusive, situações onde a aplicação continuada da norma por grande lapso temporal torna quase impossível a declaração de sua nulidade absoluta¹⁹⁶, o que acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando a insegurança jurídica.

A solução bipartida entre constitucionalidade e inconstitucionalidade absoluta, com a conseqüente nulidade retroativa, não é adequada para resolver algumas exigências da vida, que impõem a necessidade de uma solução conciliadora entre a constitucionalidade e a segurança jurídica e outros princípios protegidos constitucionalmente. Neste sentido, a inconstitucionalidade com efeitos retroativos é inapta para solucionar casos de ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão parcial e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade¹⁹⁷.

Para amenizar a decisão de nulidade absoluta com efeitos retroativos, surge, então, o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 como técnica de decisão alternativa, que veio a permitir que o Supremo Tribunal Federal limite os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, por maioria de dois terços dos Ministros.

Porém, a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é controversa, sendo inclusive objeto de duas ações diretas de

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321.

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487. A respeito deste tema, Celso Ribeiro Bastos argumenta que não há liame lógico entre inconstitucionalidade e nulidade. O Direito não é somente lógico-formal, ele deve encarar a realidade. A decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos pode ensejar um mal maior do que o bem que se pretende atingir. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 4. t. III. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 85.

¹⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 923-4. MENDES, Gilmar Ferreira. *A constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo - estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 316-24.

inconstitucionalidade, ADINS 2.154 e 2.258, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1. Teoria da nulidade da lei inconstitucional

No direito brasileiro, prevalece a regra de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e seus efeitos devem ser desconstituídos retroativamente desde a sua entrada em vigor. Inerente a teoria da nulidade da lei inconstitucional está o entendimento de que a decisão do Tribunal Constitucional que reconhece inconstitucionalidade tem caráter declaratório, pois apenas reconhece uma situação já existente e, por isso, tem eficácia *extunc*.

Tal entendimento fundamenta-se na antiga doutrina americana, sobretudo nos escritos de Alexander Hamilton¹⁹⁸ e na tese desenvolvida por John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*¹⁹⁹, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, no qual ficou assentado que:

¹⁹⁸ Alexander Hamilton sustenta que é dever do Poder Judiciário declarar os atos contrários à Constituição como nulos para preservação dos direitos particulares. Hamilton explica que os atos de uma entidade delegada, no caso o Poder Legislativo, não podem superar e contrariar o seu mandato, ou seja, a Constituição. Logo, os atos legislativos contrários à Constituição não podem ser válidos. Neste sentido transcreve-se a seguinte exposição de Hamilton: “*The complete independence of courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex-post-facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.*” Cf. HAMILTON, Alexander. JAY, John e MADISON, James. *The federalist*. New York: The modern library, 2001. p. 497-8.

¹⁹⁹ 5 U.S. 137 (Cranch) (1803). Os fatos que cercaram o caso *Marbury v. Madison* podem ser sintetizados nos seguintes pontos: 1) o Partido Federalista, do presidente em exercício John Adams, foi derrotado nas eleições por Jefferson; 2) antes de deixar o governo, John Adams nomeou para cargos do judiciário seus correligionários, entre eles John Marshall, seu secretário de Estado e que foi nomeado para a Suprema Corte; 3) William Marbury foi nomeado juiz de paz pelo presidente John Adams nos momentos finais de seu governo; 4) ocorre que Marbury não conseguiu receber seu título de nomeação ainda no governo de John Adams. Aqui vale ressaltar que o secretário de Estado, que entregava as nomeações, era, conforme já mencionado, John Marshall; 5) Jefferson assumiu a presidência dos Estados Unidos e ordenou a seu secretário de Estado, James Madison, que não empossasse Marbury; 6) Marbury, então, requereu ordem de *mandamus* contra Madison na Suprema Corte; 7) o caso foi julgado, então, por John Marshall que decidiu que o ato de Madison era ilegal, porém a Suprema Corte não tinha competência para empossar Marbury, pois o pedido foi fundamentado numa lei ordinária que alargou a competência da Suprema Corte. Contudo, a competência da Suprema Corte já estava fixada na Constituição e não podia ser aumentada por uma lei infraconstitucional. Daí decorre que uma lei inconstitucional é nula. Cf. BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2 ed. New Haven: Yale University Press. p. 2-3. ACKERMAN, Bruce. *The Failure or the Founding Fathers*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 128-30. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Vale quanto pode: A força jurídica da Constituição como pressuposto elementar do constitucionalismo atual*. Clubjus,

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser de que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, é nulo”²⁰⁰.

Marshall assentou sua defesa na revisão judicial e no exame da constitucionalidade dos atos legislativos nas seguintes proposições: 1) o povo tem o direito de estabelecer certos princípios e limites aos seus futuros governos. O exercício deste direito original exige um grande esforço, que não pode repetir-se com freqüência. Por conseguinte, os princípios assim estabelecidos são fundamentais e permanentes, haja vista que a autoridade suprema que os estabelece atua raramente. Esta vontade suprema organiza o Estado e confere competências e limitações, que não podem ser superadas, aos seus diversos órgãos; 2) todos os Estados que têm Constituições escritas consideram-na como a lei fundamental e superior da nação; 3) a Constituição tem poder normativo e, conseqüentemente, qualquer ato legislativo contrário à Constituição é nulo; 4) é dever-poder do Poder Judiciário determinar a lei

Brasília-DF: 31 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?content=2.6479>>. Acesso em: 17 abr. 2008; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 31-40; BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 233-4. e MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29.

²⁰⁰ MARSHALL, John. *The writings of John Marshall, late chief justice of the United States, upon the Federal Constitution*. Boston, 1839. p. 24-5. Apud. BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2004. p. 41; MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 24-5. No mesmo sentido: RE-AgR 364.304, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 06/11/2006. p. 45: “A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual ‘*the unconstitutional statute is not law at all*’, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição”.

aplicável ao caso concreto. Se há duas leis conflitantes, o tribunal deve decidir qual se aplica ao caso em análise. Então, como os tribunais devem levar em consideração a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato legislativo, a Constituição, e não os atos legislativos ordinários, deve ser aplicada ao caso concreto; 5) aqueles que discordam do princípio de que a Constituição é a lei superior, sustentam que os tribunais devem deixar de lado a Constituição e reduzem o papel das cortes judiciais a análise das demais leis. Por este entendimento há de se concluir que, se a legislatura pratica um ato expressamente proibido pela Constituição, não obstante a proibição constitucional existente, o ato é eficaz. Isso equivaleria a conceder um poder onipotente ao Legislativo²⁰¹.

²⁰¹ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 210 e 213 e GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 134 e 189-90, nota 118. O entendimento de Marshall expresso no caso *Marbury v. Madison* tem sofrido diversas críticas. A primeira consiste na afirmativa de que a justificativa de Marshall para conceder aos tribunais o poder de interpretar e aplicar a Constituição não é conclusiva. O poder legislativo não seria necessariamente ilimitado caso o próprio Congresso julgasse a constitucionalidade de seus atos. Dentro desse sistema, os tribunais não iriam ignorar a Constituição, eles iriam apenas tratar a interpretação do Poder Legislativo como definitiva e, assim, o Legislativo seria responsável pela solução de conflitos entre leis e a Constituição. Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 210 e ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 186, nota 11. Corwin afirma que é ilógico apoiar a supremacia da Constituição na decisão de Marshall. Criticando os argumentos apresentados por Marshall no caso *Marbury v. Madison*, Corwin afirma que a Suprema Corte já havia, por repetidas vezes, exercido jurisdição sobre casos acerca desse dispositivo e pelo fato de que em outros artigos as palavras afirmativas de deferimento na Constituição não autorizam a suposição de um correlativo negativo. Cf. CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review*. Gloucester: Peter Smith, 1963. p. 3-5. Bickel também critica os argumentos de Marshall ao afirmar que Marshall não justificou a razão das Cortes poderem nulificar uma lei, bem como pelo fato que os argumentos de Marshall estão baseados apenas na questão de uma Constituição escrita. Cf. BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2 ed. New Haven: Yale University Press. p. 3-6. Há também o relevante fato de que Marshall, por ter participado da nomeação de Marbury, não deveria julgar a causa em razão da falta de imparcialidade. Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Vale quanto pode: A força jurídica da Constituição como pressuposto elementar do constitucionalismo atual*. Clubjus, Brasília-DF: 31 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?content=2.6479>>. Acesso em: 17 abr. 2008; e POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 31. Outra crítica ao *judicial review* consiste no alegado caráter antidemocrático e não-majoritário do Poder Judiciário. Ely, por exemplo, defende que o Tribunal Constitucional estaria legitimado a agir apenas nos casos de mau funcionamento da democracia, para assegurar os canais políticos de mudança e a proteção das minorias. Cf. ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 103 e GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 222-34. Tushnet também entende que a *judicial review* tem caráter antidemocrático e chega até a defender sua extinção por meio de uma emenda constitucional. Cf. TUSHNET, Mark. *Democracy versus judicial review*. In: *Dissent Magazine*. Spring 2005. Disponível em: www.dissentmagazine.org. Acesso em 25/08/2008. e TUSHNET, Mark. *Taking Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton

No Brasil, como um dos precursores da teoria da nulidade da lei inconstitucional e seguindo a doutrina americana, destaca-se o entendimento de Rui Barbosa, que afirma que a nulidade da lei inconstitucional decorre da própria essência do sistema jurídico e da Constituição. Explica-se: a Constituição, ao estabelecer uma separação de poderes e delimitar a autoridade dos poderes do Estado, deixa claro que nenhum poder pode ultrapassar a autoridade e a competência que lhe foram conferidas, caso contrário, incorrerão em incompetência, que em direito, equivale a nulidade²⁰².

Portanto, admitir que uma lei inconstitucional seja aplicada e produza efeitos constitui uma afronta à supremacia da Constituição. Ainda, considerarem-se como válidos os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, significa a negativa de vigência temporal da Constituição em relação à matéria disciplinada pela norma inconstitucional²⁰³.

Daí, a partir da doutrina que defende a nulidade da lei inconstitucional, conclui-se que a inconstitucionalidade deve implicar a nulidade absoluta, impossível de convalidação, com a conseqüente desconstituição retroativa de todos os efeitos produzidos pela norma incompatível com a Constituição.

O Brasil, por influência de Rui Barbosa, adotou o entendimento da doutrina americana. Contudo, como observa Lúcio Bittencourt, a doutrina brasileira não conseguiu justificar a tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional por falta, à época, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à

University Press, 1999. p. 154-76. Em resposta a questão do caráter antidemocrático, Grimm entende que não há contradição nem conexão entre a jurisdição constitucional e a democracia. A jurisdição constitucional traz vantagens e alguns riscos à democracia, que devem ser submetidos a um juízo de custo-benefício. Cf. GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. In: *Revista de Direito do Estado*. n. 4, out/dez 2006. p.6-16. Em sentido contrário, Cappelletti não concorda com o caráter antidemocrático do Judiciário, pelos seguintes argumentos: o judiciário não é inteiramente privado de representatividade, haja vista sua renovação constante; há controle político, inclusive do Poder Legislativo; os tribunais podem aumentar a representatividade do sistema ao dar acesso ao processo judicial a minorias que não teriam acesso ao processo político; as decisões dos tribunais estão sujeitas ao controle da coletividade por meio da publicidade. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 91-107. Já Kelsen afirma que a jurisdição constitucional integra a democracia, pois é um elemento de proteção da minorias. Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.181-2.

²⁰² BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2004. p. 40.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 128-31.

decisão ou de um instituto semelhante ao *stare decisis*²⁰⁴ americano, que assegurava efeito vinculante às decisões da Suprema Corte²⁰⁵. Dessa maneira, no Brasil, a decisão de inconstitucionalidade tinha eficácia apenas entre as partes e, então, era possível que a norma eivada de nulidade absoluta continuasse a ser aplicada em outros casos²⁰⁶.

Para solucionar esta incoerência da teoria da nulidade da lei inconstitucional, a Constituição de 1934 conferiu competência ao Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, tal dispositivo, que se mantém no artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, não solucionou o problema, pois atribuiu a um órgão político a retirada da lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Assim, a única interpretação possível deste dispositivo, coerente com a teoria da nulidade da lei inconstitucional, é a de que o ato do Senado Federal destina-

²⁰⁴ *Stare decisis* é um princípio do direito constitucional norte-americano que, para solucionar a questão da pluralidade de fontes de decisão acerca da constitucionalidade das leis, vincula todos os tribunais à jurisprudência da Suprema Corte Americana. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 139. Ainda, são funções do *stare decisis* promover a previsibilidade, a segurança e o desenvolvimento consistente dos princípios legais, além da confiança nas decisões judiciais e na integridade do processo jurídico. Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 236 e nota 115. Assim, apesar de no direito norte-americano a regra ser a eficácia inter partes da decisão, o princípio do *stare decisis* aproxima os efeitos da decisão a uma eficácia geral (*erga omnes*). Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 118 e SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Revista de Derecho Público*. n 02 (out-nov-dez/2003).

²⁰⁵ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968. p. 140-1; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466-75; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 307. A inexistência do princípio do *stare decisis* nos sistemas de *civil law* que adotaram o modelo americano ocasiona o problema de decisões contrastantes acerca do mesmo tema, ocasionando o conflito entre órgãos e a incerteza do direito para os indivíduos. De fato, uma lei poderia não ser aplicada, por ser reputada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, simultaneamente, ser aplicada por outros juízes que a julgassem conforme a Constituição. Até um mesmo órgão judiciário poderia mudar sua opinião acerca da constitucionalidade de determinada lei. Dessa forma, fez-se necessário, nos países de *civil law* que adotaram o modelo americano de controle difuso, estabelecer um órgão judiciário que pudesse decidir acerca da constitucionalidade das leis com eficácia *erga omnes*. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 77-83.

²⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 60-1.

se, exclusivamente, a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal²⁰⁷.

A falta de coerência na teoria da nulidade da lei inconstitucional veio a ser resolvida no controle abstrato por meio de um parecer do Ministro Moreira Alves, em resposta a consulta formulada pelo Senado Federal, onde se assentou que a eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade é inerente à natureza do processo de controle abstrato²⁰⁸. Ainda, o artigo 102, §2º, da Constituição Federal e a Lei n. 9.868/99 atribuíram expressamente eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas em controle abstrato. Em contrapartida, permanece a incoerência na teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional no controle incidental ou concreto, onde se exige a suspensão da lei inconstitucional pelo Senado Federal (artigo 52, X, da Constituição Federal)²⁰⁹.

2.2. Atenuações à nulidade da lei inconstitucional

Na jurisprudência da Suprema Corte Americana, precursora da teoria da nulidade da lei inconstitucional, este entendimento passou a ser mitigado, como pode se ver no caso *Mapp v. Ohio*²¹⁰ e *Linkletter v Walker*²¹¹, de 1965, no

²⁰⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968. p. 145-6; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 471-2.

²⁰⁸ Parecer do Min. Moreira Alves, de 11/11/1975, DJ, 16/05/1977, p.3123. Apud MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 477.

²⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 63.

²¹⁰ 367 U.S. 643 (1961). No caso *Mapp v Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), que antecedeu *Linkletter v. Walker*, a Suprema Corte Americana entendeu que a prova obtida ilegalmente não era admissível em juízo penal, superando o entendimento anterior estabelecido em *Wolf v Colorado* – 338 U.S. 25 (1949). Tal decisão acarretou a impetração de inúmeros *habeas corpus* para que o entendimento estabelecido em *Mapp v. Ohio* fosse aplicado nos casos já julgados. Esta situação levou o juiz Clark a afirmar que as regras fixadas no julgamento de *Mapp v. Ohio* objetivavam apenas desestimular as ações ilegais da polícia, proteger as vítimas e conferir padrões jurídicos para a atuação dos órgãos judiciais. Clark também argumenta que a concessão de efeitos retroativos ao caso *Mapp v. Ohio* ocasionaria a desconfiança por modificar o entendimento de *Wolf v Colorado* e geraria uma imensa carga de trabalho para administração da Justiça. Cf. Pet. MC - segunda 2.859/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 20/05/2007, p.7. Trecho do relatório do Min. Gilmar Mendes, ement. vol. 02192-2, p. 337-8.

²¹¹ 381 U.S. 618 (1965). O caso *Linkletter v Walker* versa sobre a condenação criminal de Linkletter com base em provas que a jurisprudência posterior passara a considerar como atentatórias ao devido processo legal. Neste julgado, a Suprema Corte Americana entendeu que poderia ser negado efeito retroativo a nova jurisprudência acerca da matéria de processo penal, pois se fosse atribuído efeito retroativo à nova doutrina constitucional sobre a inadmissibilidade de certas provas, isto acarretaria

qual se estabeleceu que a Constituição nem proíbe nem impõe o efeito retroativo, além de que a existência e a aplicação de uma lei anterior à decisão de inconstitucionalidade é um fato que produz conseqüências que não podem ser ignoradas nem apagadas por uma declaração judicial²¹².

Tal entendimento da Suprema Corte Americana foi sintetizado no caso *Stovall v. Denno*²¹³, no qual se estabeleceram os seguintes critérios para a concessão ou não de efeitos retroativos às decisões da Suprema Corte:

“(a) a finalidade com que se estabelecem novos padrões normativos, (b) a extensão da confiança e dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei nos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça que uma aplicação retroativa de novos padrões poderia produzir”²¹⁴.

tremendos prejuízos à administração da Justiça, haja vista que seria necessário revisar e anular inúmeras condenações criminais e em alguns casos isso impossibilitaria até o reinício dos processos penais, em razão do provável desaparecimento de provas fundamentais. Importante ressaltar que o precedente criado com a decisão do caso *Linkletter v Walker* foi superado (*overruled*) pelo caso *Griffith v. Kentucky* – 479 U.S. 314 (1987), no qual ficou decidido que uma nova norma que afete o processo penal deve ser aplicada retroativamente a todos os casos pendentes de revisão. Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 218-9 e SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. P. 112.

²¹² No caso *Linkletter v Walker*, a Suprema Corte Americana assentou que: “the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect”. Ainda, o Justice Cardozo registrou que a Constituição não diz nada a respeito da matéria. Por fim, a Suprema Corte assevera que a questão da retroatividade é um tema de política judiciária, que deve ser decidida de acordo com cada caso em concreto. Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 218-9; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In: *Direito Público*. Porto Alegre, 2005. n. 8. pp. 154-5; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 61 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 327. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 193, nota 124. Neste sentido Oliver P. Field afirma que a teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional é mais doutrinária, enquanto que a teoria que considera alguns efeitos da lei inconstitucional é mais realista. Oliver P. Field ainda registra que a concessão de alguns efeitos à lei inconstitucional surgem das necessidades do caso concreto, havendo casos que os tribunais não assumem a responsabilidade pela aplicação da teoria da nulidade absoluta, dado os efeitos gravosos da decisão. Cf. FIELD, Oliver P. *The Effect of an unconstitutional statute*. Washington, D.C.: Beard Books, 1999. p. 4-5.

²¹³ 388 U.S. 293 (1967).

²¹⁴ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 219; BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 327.

Já no caso *Chevron Oil Co. v. Huson*²¹⁵, a Suprema Corte Americana assentou os critérios para limitação dos efeitos retroativos nos casos cíveis. Por este entendimento, a retroatividade deveria ser restringida “(1) se a decisão estabelecesse novos princípios legais, (2) se a aplicação não retroativa não frustrasse a aplicação da nova regra estabelecida ou (c) se a limitação fosse necessária para evitar uma ‘substancial injustiça’”²¹⁶.

Contudo, no caso *Griffith v. Kentucky*²¹⁷, a Suprema Corte afastou a doutrina da não retroatividade, ao afirmar que os juízes declaram o direito pré-existente e não legislam. Tal entendimento consolidou-se em *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*²¹⁸, no qual o Juiz Scalia ponderou que: “A doutrina verdadeiramente tradicional é a de que a decisão prospectiva é incompatível com o poder judiciário, e que as cortes não têm autoridade para aderir a sua prática”²¹⁹.

Em que pese a evolução do direito americano, inspirador da doutrina da nulidade da lei inconstitucional, que passou a admitir a limitação de efeitos da inconstitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência brasileira continuaram sustentando a nulidade da lei inconstitucional com a desconstituição retroativa de todos os seus efeitos²²⁰.

Porém, a aplicação irrestrita da tese da nulidade da lei inconstitucional com efeitos *ex tunc* pode trazer conseqüências nefastas e constituir um fator de incerteza e insegurança jurídica, violando outros interesses protegidos constitucionalmente²²¹.

²¹⁵ 404 U.S. 105-7 (1971).

²¹⁶ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 113; TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 219-21.

²¹⁷ 479 U.S. 314 (1987).

²¹⁸ 509 U.S. 86 (1993).

²¹⁹ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 113-4. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 223-7.

²²⁰ Rp. 971, Relator Min. Djaci Falcão, RTJ n. 87, p. 758; RE 93.356, Relator Leitão de Abreu, RTJ n. 97, p. 1369; Rp. 1.016, Relator Min. Moreira Alves, RTJ n. 95, p. 993; Rp 1.077, Relator Min. Moreira Alves, RTJ n. 101, p. 503. Em sentido contrário, o voto vencido do Min. Leitão de Abreu no RE 79.343, RTJ n. 82, p. 795-6. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321-2.

²²¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 673-4.

Assim, a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade vem atenuar a decisão de inconstitucionalidade²²², adequando-a as situações da vida e a outros princípios constitucionais, além de atuar como mecanismo de garantia da Constituição, pois a impossibilidade de modulação dos efeitos poderia levar o Tribunal Constitucional a não decidir pela inconstitucionalidade para evitar os gravames decorrentes da declaração²²³.

O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da Lei n. 9.868/99, começou a admitir a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade por meio da utilização de técnicas alternativas de decisão como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de lei ainda constitucional. Neste sentido, destacam-se os seguintes casos: 1) manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional²²⁴; 2) no caso do aumento inconstitucional da remuneração dos magistrados, decidiu-se que os proventos percebidos antes da decisão de inconstitucionalidade não deveriam ser devolvidos²²⁵; 3) admitiu-se que a lei que concede prazo em dobro à Defensoria Pública é constitucional até este órgão estar devidamente aparelhado e estruturado²²⁶; e 4) considerou-se ainda constitucional o artigo 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover, se o Requerente for pobre, ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível²²⁷.

²²² Ferreira Filho expõe que: "...embora de modo geral o ato inconstitucional seja nulo, e, por isso os seus efeitos devam ser desconstituídos desde a data de sua edição (ex tunc), em certos casos pode o Supremo Tribunal Federal estipular que esse reconhecimento de nulidade não produzirá efeitos senão a partir de determinada data, ou para o futuro. Há nisso uma atenuação da doutrina clássica." Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

²²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 82.

²²⁴ RE 78.533/SP, Relator Min. Firmino Paz, RTJ n. 100, p. 1.086, DJ 26/02/1982, p. 1.290.

²²⁵ RE 122.202, Relator Min. Francisco Rezek, DJ 08/04/1994, p. 7.243.

²²⁶ HC 70.514/RS, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 27/06/1997, p. 30.225.

²²⁷ RE 147.776/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/06/1998, p. 9.

2.3. Direito Comparado: eficácia *ex tunc* e *ex nunc*

No Direito Comparado, a busca por meios de restringir ou atenuar as conseqüências gravosas da decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa também se mostra pertinente.

Atualmente, existe uma tendência de universalização das alternativas de decisão de inconstitucionalidade, independente do sistema de controle de constitucionalidade adotado²²⁸. Pode-se dizer que há uma aproximação entre os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade, americano e austríaco²²⁹, sobretudo no que diz respeito à eficácia das decisões de inconstitucionalidade. Enquanto que no modelo austríaco ocorrem atenuações à eficácia *ex nunc*, atribuindo-se retroatividade à decisão no caso base do controle de constitucionalidade e nos casos pendentes, no modelo americano há a admissão de eficácia *ex nunc*²³⁰.

Não são todas as Constituições que atribuem eficácia *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade. De fato, algumas Constituições estabelecem eficácia *ex nunc* ou somente para o futuro aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, como por exemplo, a Constituição austríaca (artigo 140),

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 464-5 e BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

²²⁹ “O sistema americano, difuso, é mais técnico-jurídico, porque se preocupado essencialmente com a solução do caso e não tanto com a defesa da Constituição. O sistema europeu, mediante Cortes Constitucionais, ao contrário, tem especialmente em vista a defesa dos valores políticos da Constituição”. Cf. SILVA, José Afonso da. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 6. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 9.

²³⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 535-7; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 122 e SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Revista de Derecho Público*. n 02 (out-nov-dez/2003); VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/1999*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 188.

a Constituição grega (artigo 100, n.4), a Constituição croata (artigo 126), a Constituição estoniana (artigo 161) e a Constituição polaca (artigo 190, n.3)²³¹.

Como já mencionado anteriormente, os Estados Unidos, que adotam o modelo difuso de controle de constitucionalidade, atribuem eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade, considerando a lei inconstitucional nula e incapaz de produzir quaisquer efeitos. Contudo, a partir do caso *Linkletter v Walker*, admitiu-se a mitigação da teoria de nulidade absoluta da lei inconstitucional ao argumento de que a Constituição nem proíbe nem impõe o efeito retroativo à decisão de inconstitucionalidade²³².

Na Áustria, de controle de constitucionalidade primordialmente abstrato, a lei inconstitucional é, em regra, anulável com eficácia *ex nunc*. Entretanto admite-se, em alguns casos, a concessão de eficácia retroativa à decisão. É possível o controle da questão constitucional do caso concreto por provocação dos órgãos de segunda instância ao Tribunal Constitucional no curso de uma pendência judicial. Ao caso concreto que esteve na base do controle de constitucionalidade e, de acordo com a jurisprudência mais recente, aos casos pendentes de julgamento, atribuir-se-á eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade. Ainda, pelo disposto no n. 5 do artigo 140 da Constituição austríaca, o Tribunal Constitucional pode, na sentença anulatória, atribuir eficácia futura, de até 18 meses, à lei inconstitucional, com a finalidade de evitar lacunas no ordenamento jurídico e permitir que o legislador aprove novo regramento²³³.

²³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 73; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27-31.

²³² TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 218-9; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In: *Direito Público*. Porto Alegre, 2005. n. 8. pp. 154-155 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 61.

²³³ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 681-2; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13-5; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5 e CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 121-2. A necessidade da concessão de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade no caso concreto advém do desincentivo que a solução contrária representaria às partes, o que poderia comprometer o próprio sistema de controle de constitucionalidade. Cf. CANAS,

Na Alemanha também se admite a possibilidade de um controle da questão constitucional do caso concreto suscitado por um Tribunal. O Tribunal, se considerar a lei inconstitucional, deve suspender o feito e remeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional. Em regra, a lei inconstitucional é nula e deve ser desconstituída retroativamente. Todavia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão desenvolveu técnicas de decisão mais adequadas à realidade da vida para afastar a nulidade absoluta com eficácia *ex tunc* atribuída à decisão de inconstitucionalidade, como por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador²³⁴.

Na Itália, a limitação dos efeitos temporais da sentença pode ocorrer de dois modos: 1) primeiro, por meio das chamadas *sentenze de illegittimità sopravvenuta*, nas quais a nulidade da norma não se dá desde sua criação, mas tão-somente no momento em que se determina o vício. Essas decisões são utilizadas quando surge um novo parâmetro interpretativo, quando há uma mudança na consciência social ou quando há uma transformação nas condições que faziam a norma compatível com a Constituição; 2) segundo, por meio da *pronunce di incostituzionalità differita*, que são pronunciamentos nos quais a Corte Constitucional, por meio de um processo de ponderação dos interesses em jogo, estabelece uma data na qual se produzirão os efeitos da decisão. Esse tipo de decisão é utilizado no caso de decisões que causam gastos para o erário público²³⁵.

Na Espanha, as decisões de inconstitucionalidade, em regra, acarretam a nulidade da lei inconstitucional com efeitos retroativos, com ressalva dos casos julgados. Todavia, o Tribunal Constitucional Espanhol abandonou a conexão entre inconstitucionalidade e nulidade a partir de 1989 e passou a admitir a decisão de inconstitucionalidade sem a pronúncia de

Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 32-3.

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16, 254-6; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 536 e 676-80.

²³⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

nulidade, com a SSTC 45/1989: “[...] Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidade es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento [] La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quebra, entre otros casos, en aquellos em los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de este, sino em su omisión”²³⁶.

Na Colômbia, conforme o artigo 45, da Lei n. 270 de 1996²³⁷, as decisões proferidas pela Corte Constitucional terão, como regra, efeitos *ex nunc*, a não ser que a Corte disponha expressamente em contrário²³⁸.

De igual maneira, no Peru, as sentenças do Tribunal Constitucional que declaram a inconstitucionalidade de uma norma têm, como regra, eficácia *ex nunc*, produzindo efeitos apenas a partir da publicação no Diário Oficial. As decisões do Tribunal Constitucional só poderão ter efeitos retroativos em matéria penal, desde que para beneficiar o réu, ou em matéria tributária, quando ficará a cargo da própria Corte Constitucional decidir acerca da concessão de efeitos retroativos à decisão²³⁹.

²³⁶ Cf. Tribunal Constitucional da Espanha, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, 1989, FJ 11. Apud BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional*. La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Direito Público*. v. 22. n. 92. p. 10; SEGADO, Francisco Fernández. Defensa de la Constitución em Espana. In: *La actualidad de la defensa de la Constitución*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. p. 111-2.

²³⁷ Ley Estatutária de la Administración de Justicia, Ley n. 270 de 7 de Marzo de 1996. “ARTICULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

²³⁸ EGUIGUREN PRAELI, José Francisco. Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad. In: *Tribunales y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 173-4.

²³⁹ BELAUNDE, Domingo García. *Derecho procesal constitucional*. Trujillo: Universidad Cesar Vallejo, 1998. p. 48-9; EGUIGUREN PRAELI, José Francisco. Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad. In: *Tribunales y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 175-6.

No Direito Comunitário Europeu, o n. 2 do artigo 174 do Tratado de Roma, permite ao Tribunal de Justiça da União Europeia fixar os efeitos da sua decisão de invalidade, no caso de procedência de um recurso contra regra do direito comunitário. Ressalta-se que esta fixação de efeitos, quando da invalidade de uma regra do direito comunitário pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, engloba também a possibilidade de limitação futura dos efeitos da decisão²⁴⁰.

Em Portugal, assim como no Brasil, adota-se o modelo misto de controle de constitucionalidade, com características do sistema de controle difuso (modelo americano) e do sistema de controle concentrado (modelo austríaco). Em regra, a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos, *ex tunc*. Excepcionalmente, por força do n. 4 do artigo 282 da Constituição de Portugal, o Tribunal Constitucional pode reduzir ou eliminar o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica, eqüidade e de interesse público de excepcional relevo²⁴¹. Por fim, registra-se que a possibilidade do Tribunal Constitucional atribuir eficácia futura à lei inconstitucional, após a decisão de inconstitucionalidade, é questão controversa. Jorge Miranda entende que não é cabível ao Tribunal Constitucional “diferir para o futuro a produção de efeitos – porque tal brigaria com o próprio princípio da constitucionalidade”²⁴². Em sentido oposto, Rui Medeiros defende a possibilidade da atribuição de efeitos futuros e temporários à lei inconstitucional após a publicação da decisão, ao argumento de que o

²⁴⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 686-7. O entendimento que passou a aceitar a atenuação dos efeitos da decisão de invalidade iniciou-se com a Sentença Defrenne, de 08/04/1976, onde o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias assentou que: “Si las consecuencias prácticas de toda decisión judicial deben ser cuidadosamente sopesadas, ello no podría llevar, sin embargo, a doblegar la objetividad del Derecho y comprometer su decisión futura em razón de las repercusiones que una decisión de justicia pueda implicar para el pasado”. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional*. La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Direito Público*. v. 22. n. 92. p. 7.

²⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 114-21e 285-92; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 673-4 e 688-96.

²⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 290.

princípio da supremacia da Constituição não é violado, pois a limitação de efeitos futuros é concedida tendo por base a própria ordem constitucional²⁴³.

2.4. Valor jurídico do ato inconstitucional²⁴⁴

2.4.1. Considerações sobre a unidade, hierarquia e sistematicidade do ordenamento jurídico

O Direito é um conjunto coordenado de normas jurídicas. Não é apenas uma norma jurídica isolada, mas sim uma variedade de normas jurídicas ligadas entre si, formando um ordenamento. Dessa maneira, o ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas de conduta, de competência e de estrutura que regulam o comportamento humano e as condições e procedimentos para o surgimento de novas normas jurídicas válidas²⁴⁵.

No mundo moderno, os ordenamentos jurídicos são complexos, isto é, as normas jurídicas emanam de diversas fontes, pois nenhum poder ou órgão consegue satisfazer sozinho a necessidade de criação de regras de conduta numa sociedade. O poder supremo originário utiliza-se de dois métodos para a produção de normas jurídicas: 1) recepção de normas já produzidas por ordenamentos diversos e precedentes; e 2) delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores. Contudo, em que pese a diversidade de órgãos produtores de normas jurídicas, pode-se dizer que o ordenamento jurídico possui unidade, pois o poder supremo originário é o ponto de referência de todas as normas do ordenamento jurídico²⁴⁶.

²⁴³ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 673-4 e 724-32.

²⁴⁴ O ordenamento jurídico estipula efeitos jurídicos negativos ao ato inconstitucional. Este desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico ao ato inconstitucional confirma a supremacia da Constituição. Contudo, em casos excepcionais, o próprio ordenamento jurídico pode prever efeitos positivos ao ato inconstitucional, ou seja, pode isentar o ato inconstitucional de conseqüências jurídicas negativas para preservar princípios ou interesses constitucionais mais importantes que o princípio da constitucionalidade no caso concreto. Cf. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1992. p. 17-20; 25-29. Para Marcelo Rebelo de Sousa, o valor jurídico do ato do ato inconstitucional é o efeito da inconstitucionalidade e representa uma depreciação ao ato que surge em desconformidade com a Constituição. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988. p. 145.

²⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 19 e 31.

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 37-9 e 48-53 e 58-64.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico é uno, pois todas as normas que o compõem podem retrotrair, regular ou irregularmente, ao núcleo normativo originário, ou seja, qualquer norma jurídica deriva do núcleo originário de normas, estabelecido pelo poder constituinte originário, que cria e estabelece os órgãos básicos de produção normativa²⁴⁷.

Porém, há de se destacar que o núcleo normativo originário institui tão-somente uma unidade formal do ordenamento jurídico, pois funciona como critério formal de existência (pertinência) das normas jurídicas. Não há unidade material ou de conteúdo, pois o ordenamento jurídico tolera, até como condição de funcionamento do sistema, o ingresso irregular de normas jurídicas, reputadas como inválidas, dentre estas as normas inconstitucionais.

Questão correlata à unidade do ordenamento jurídico é o problema da hierarquia e da construção escalonada do ordenamento jurídico. A construção escalonada do ordenamento jurídico ou a pirâmide normativa, elaborada por Kelsen, explica a unidade e a hierarquia do ordenamento jurídico. Conforme o entendimento kelseniano, as normas e as fontes do ordenamento jurídico não estão todas situadas no mesmo plano, mas escalonadamente em diferentes níveis. Por conseguinte, há normas e fontes jurídicas superiores, de maior hierarquia, e normas e fontes jurídicas inferiores, de menor hierarquia. As normas e fontes jurídicas inferiores estão numa relação de dependência das normas e fontes jurídicas superiores. Isto significa que as normas jurídicas inferiores só pertencem validamente ao ordenamento jurídico se estiverem em conformidade com as normas jurídicas superiores. Subindo-se ao ápice da pirâmide normativa, encontrar-se-á a norma suprema, fonte das fontes, que não depende de nenhuma outra norma jurídica ou fonte. Sobre esta norma suprema reside a unidade do ordenamento e Kelsen a denomina de norma fundamental²⁴⁸.

²⁴⁷ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 23-6.

²⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes., 1998. p. 246-7; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 181 e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 48-53 e 58-64. José Afonso da Silva argumenta que a compatibilidade vertical das normas no ordenamento jurídico advém da supremacia da Constituição, de modo que as normas de grau inferior só valerão se forem compatíveis com as de grau superior. Assim, as normas que incompatíveis com a Constituição serão inconstitucionais e não podem prevalecer em razão da supremacia da Constituição.

Esclarece-se que a pirâmide normativa ou a estrutura escalonada do ordenamento jurídico advém de uma relação estritamente formal entre as normas jurídicas, não é lógica-dedutiva a organização hierárquica do ordenamento jurídico, o que implica a falta de coerência ou de unidade material e de conteúdo do ordenamento jurídico²⁴⁹.

A partir da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, pode-se perceber que todas as normas que o compõem são ao mesmo tempo atos de execução (aplicação) e produção. É ato estritamente executivo ou de aplicação em relação à norma superior, enquanto que, concomitantemente, é ato de produção em relação à norma inferior. No entanto, a norma ou fonte jurídica de mais alto grau, o poder constituinte originário no caso, é ato exclusivo de produção e, por sua vez, a norma de mais baixo grau, ato de mera execução, é ato exclusivo de aplicação²⁵⁰.

A estrutura escalonada e hierárquica do ordenamento jurídico não é linear e uniforme. De fato, o ordenamento jurídico tolera, como condição de funcionamento, o ingresso de normas inválidas por desconformidade, material ou formal, com normas hierarquicamente superiores. Esta irregularidade e afronta à pirâmide normativa perdurará até que a norma jurídica inválida seja retirada do ordenamento jurídico por órgão competente²⁵¹.

Outro problema do ordenamento jurídico oriundo das relações entre as normas jurídicas que o compõem diz respeito à sistematicidade do ordenamento jurídico, isto é, agora analisar-se-á se o ordenamento jurídico constitui um sistema coerente.

Sistema é uma totalidade ordenada. Para se falar em ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também que sejam coerentes entre si. Um ordenamento jurídico como sistema significa um conjunto de normas jurídicas coerentes entre si e com o todo. Portanto, se um ordenamento jurídico constitui

Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 538.

²⁴⁹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 27.

²⁵⁰ KELSEN, Hans.. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 260-2 e KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 193-4.

²⁵¹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 29.

um sistema, não podem coexistir nele normas incompatíveis. Logo, a sistematicidade do ordenamento jurídico está assentada no entendimento de que o Direito não tolera antinomias²⁵².

Como já adiantado anteriormente, o sistema jurídico possui somente unidade formal, faltando-lhe coerência e unidade material e semântica. De fato, o ordenamento jurídico não está submetido às leis da lógica e da não contradição, vez que sua unidade advém da derivação de todas as normas do núcleo normativo originário que prescreve a forma e os órgãos de produção legislativa. Portanto, o ordenamento jurídico não é um sistema absolutamente coerente e tolera, até certo limite, normas contraditórias, em razão da pluralidade de órgãos produtores normativos²⁵³.

Ao tratar da coerência do ordenamento, Bobbio retoma a divisão kelseniana entre ordenamento jurídico estático, onde há unidade material entre as normas jurídicas, que se relacionam umas com as outras segundo um padrão dedutivo, e ordenamento jurídico dinâmico, onde as relações entre as normas jurídicas são formais, as normas derivam umas das outras por meio de delegações de poder. Ao final, Bobbio conclui que num ordenamento jurídico estático o aparecimento de uma contradição faz ruir todo o sistema, enquanto que no ordenamento jurídico dinâmico a incompatibilidade derruba, no máximo, as normas em oposição. Assim, no ordenamento jurídico dinâmico duas normas jurídicas em oposição são legítimas e este conflito é solucionado por meio da análise do conteúdo destas normas. Logo, a coerência é uma exigência e um objetivo a ser buscado, mas não uma condição de existência do ordenamento jurídico. A total exclusão de antinomias não é uma condição necessária para a existência do ordenamento jurídico²⁵⁴.

Com efeito, é condição de funcionalidade do ordenamento jurídico a tolerância limitada de antinomias, por meio da presunção *iuris tantum* de

²⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 71-2.

²⁵³ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 34.

²⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217-21 e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 71-4 e 110-4.

constitucionalidade das normas jurídicas produzidas²⁵⁵. As normas jurídicas elaboradas ingressam no ordenamento jurídico com uma presunção, que pode ser derrubada, de constitucionalidade, pois, caso contrário, se inviabilizaria o funcionamento do ordenamento jurídico, que ficaria submetido às interpretações divergentes de toda a sociedade. Assim, as normas inconstitucionais existem e são válidas até serem expulsas pelo órgão competente ou revogadas por outra norma jurídica.

Pode se dizer, então, que o ordenamento jurídico é um sistema, ressaltando-se apenas que lhe falta coerência absoluta, uma vez que é tolerável, até certa medida, antinomias entre as normas jurídicas que o compõem.

Bobbio entende que há duas condições para a ocorrência de antinomias: 1) as normas jurídicas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento e 2) as normas jurídicas conflitantes devem ter o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material). Bobbio classifica as antinomias em próprias e impróprias, sendo as antinomias impróprias contradições ideológicas ou de princípios, enquanto que as antinomias próprias são as antinomias entre normas jurídicas, isto é, um conflito estrutural ou sintático. Por conseguinte, as antinomias próprias se dividem em aparentes ou solúveis e reais ou insolúveis. Há casos onde não se pode resolver a contradição normativa pelo fato de não poder se aplicar nenhuma das regras de solução ou pelo fato de serem aplicáveis mais de uma regra de solução, cada uma produzindo um efeito diferente²⁵⁶.

As antinomias próprias e aparentes são resolvidas segundo três regras: a) critério cronológico (lei posterior revoga a antecedente); b) critério hierárquico (lei hierarquicamente superior revoga a inferior); c) critério da especialidade (lei especial revoga a lei geral)²⁵⁷.

Para o presente trabalho, tem especial relevo as contradições entre norma constitucional e lei infraconstitucional, ou seja, as antinomias entre

²⁵⁵ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 46.

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 86-110.

²⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 91-7.

norma superior e norma inferior, que são solucionadas pelo critério hierárquico. É relevante dizer que neste caso, apesar de tratar-se de uma antinomia aparente ou solúvel, este conflito perdurará até a expulsão da norma inconstitucional do ordenamento jurídico pelo órgão competente ou até que a norma reputada inconstitucional seja revogada.

2.4.2. *Distinção entre os planos da existência (pertinência) e validade*

Foi demonstrado que a unidade do ordenamento jurídico é apenas formal, que a estrutura escalonada ou hierárquica é imperfeita e que as antinomias são toleradas para o funcionamento do sistema. Há, então, de distinguir-se agora o plano da existência (pertinência²⁵⁸) do plano de validade das normas jurídicas.

Existência (pertinência) não se confunde com a validade das normas jurídicas²⁵⁹. O ordenamento jurídico, como um sistema normativo dinâmico, tolera o ingresso irregular de normas jurídicas, que permanecerão no ordenamento enquanto não houver uma manifestação do órgão competente para desconstituí-las ou enquanto não for editada uma norma revogadora. Já nos sistemas normativos estáticos, nos quais as normas derivam lógico-dedutivamente da norma básica, a pertinência da norma implica sua validade e vice-versa, os dois conceitos se confundem²⁶⁰.

De fato, Kelsen e Bobbio não distinguem existência (pertinência) de validade, sendo a teoria formulada por estes autores baseada na norma fundamental que confere validade a todas as demais normas do ordenamento jurídico. Neste sentido, Kelsen afirma que: “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa”

²⁵⁸ Marcelo Neves adota a distinção pontiana entre existência e validade, no entanto prefere usar o termo pertinência ao invés de existência, haja vista que as normas são estruturas deonticas e não têm existência real, mas sim autoconsistência significativa. Cf. NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 42. De igual entendimento, Riccardo Guastini afirma que existência jurídica significa pertinência a um determinado ordenamento. Cf. GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2001. p. 90.

²⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 418.

²⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 41-2.

²⁶¹. Igual é a posição de Bobbio que sustenta que “a pertinência de uma norma a um ordenamento é aquilo que se chama de validade” ²⁶².

Todavia, é necessário diferenciar existência (pertinência) de validade por se tratarem de fenômenos jurídicos distintos. Segundo Pontes de Miranda, a existência de uma norma consiste na sua entrada, regular ou irregular, no mundo jurídico, enquanto que a validade de uma norma é a produção regular daquela pelos agentes do sistema²⁶³. De igual entendimento, Marcos Bernardes de Mello afirma que o plano da existência apenas verifica se o suporte fático da norma se concretizou suficientemente, enquanto que o plano da validade analisa a existência ou não de deficiências no suporte fático. Dessa forma, sendo o suporte fático: 1) suficiente e sem deficiências a lei é válida; 2) suficiente, mas com alguma deficiência a lei é inválida²⁶⁴.

Em outros termos, uma norma existe (pertence) ao ordenamento jurídico quando possa retrotrair, regular ou irregularmente, ao núcleo normativo originário. Por sua vez, uma norma jurídica é válida quando preenchidos todos os requisitos formais e materiais na sua produção e, em contrapartida, a norma jurídica é inválida quando produzida defeituosamente. Percebe-se, então, que validade ou invalidade pressupõe necessariamente existência (pertinência) da norma.

Necessário ressaltar-se, mais uma vez, que o núcleo normativo originário não se submete ao critério de validade, mas pertence ao ordenamento enquanto funciona como critério de pertinência e validade das demais normas, estando condicionado apenas pelo juízo de efetividade global do ordenamento jurídico²⁶⁵.

²⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217.

²⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 60.

²⁶³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. IV. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 6-8; 19-22. No mesmo sentido, Riccardo Guastini afirma que a existência de uma norma significa sua produção conforme algumas, não com todas, normas sobre produção jurídica, enquanto que a conformação com todas as normas sobre produção e com as normas secundárias é condição de validade. Cf. GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2001. p. 90.

²⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2-5.

²⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 43.

Por fim, se faz necessário dizer que a invalidade da norma é uma sanção imposta pelo ordenamento jurídico à lei que não retrotrai perfeitamente ao núcleo normativo originário, para que este seja preservado.

2.4.3. Lei inconstitucional – nulidade ou anulabilidade

O problema da inconstitucionalidade das leis deriva da antinomia aparente e solúvel entre normas jurídicas de hierarquias diferentes, quais sejam, normas constitucionais e normas infraconstitucionais.

Em termos gerais, entende-se que uma lei é inconstitucional quando foi produzida em desconformidade com as normas procedimentais ou de competência (inconstitucionalidade formal) ou quando o conteúdo da lei ou ato normativo está em contrariedade, expressa ou implícita, com normas consagradas na Constituição (inconstitucionalidade material) ²⁶⁶.

Kelsen, por não diferenciar existência de validade, entende que a lei inconstitucional não é contrária à Constituição, pois se assim o fosse sequer existiria. Para Kelsen, a expressão “lei inconstitucional” quer dizer somente que uma lei pode ser revogada por um processo especial, isto é, pelo de controle de constitucionalidade, além do processo usual legislativo. A lei inconstitucional enquanto não for revogada deve ser considerada como válida e enquanto for válida não pode ser inconstitucional²⁶⁷.

Verifica-se, como já comentado, que Kelsen não diferencia os planos da existência (pertinência) e validade. Assim, seguindo Marcelo Neves, deve-se reinterpretar a posição kelseniana para reconhecer que a Constituição admite e reconhece a incompatibilidade entre normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como confere existência com presunção de validade

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26-31. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 45. José Afonso da Silva ressalta que a supremacia da Constituição fundamenta a validade de todas as normas infraconstitucionais e requer que todas as situações jurídicas sejam conformes à Constituição. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 538.

²⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 300-8.

às normas inconstitucionais até o provimento jurisdicional acerca da inconstitucionalidade²⁶⁸.

No direito brasileiro, prevalece a tradição da nulidade da lei inconstitucional, que vem sendo sustentada por praticamente todos os grandes constitucionalistas, que equiparam inconstitucionalidade com nulidade²⁶⁹. Logo, a lei declarada inconstitucional é considerada nula de pleno direito e possui eficácia *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagem para a entrada em vigor da norma inconstitucional. Dessa forma, a lei declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade não poderá produzir mais efeitos e, além disso, todos os atos pretéritos que a tiveram por fundamento estarão eivados de iliceidade²⁷⁰.

A teoria da nulidade da lei inconstitucional, consagrada no direito brasileiro, tem origem no entendimento de John Marshall exposto no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. O cerne do pensamento de Marshall reside na supremacia da Constituição, que não pode ser alterada por leis ordinárias. Logo, a lei inconstitucional é nula e não poderá produzir efeitos, cabendo ao Tribunal Constitucional apenas reconhecer e declarar a inconstitucionalidade, decisão esta sem qualquer caráter constitutivo²⁷¹.

Todavia, registra-se que o direito americano evoluiu e passou a admitir atenuações ao posicionamento de nulidade da lei inconstitucional. No caso *Linkletter v. Walker* ficou decidido que a Constituição não proíbe nem

²⁶⁸ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 75-7. Em sentido oposto, Francisco Campos entende que a lei inconstitucional é inexistente. Cf. CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. vol 1. Rio de Janeiro: Freitas de Bastos, 1956. p. 430. Buzaid, apesar de afirmar que a lei inconstitucional é nula, parece, na verdade, considerá-la como inexistente, vez que afirma que ela “não chegou a viver”, “nasceu morta” e “não teve nenhum único momento de validade. Cf. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 128. Marcelo Rebelo de Sousa entende que a violação à Constituição pode acarretar, dependendo do caso, inexistência ou invalidade do ato inconstitucional. Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988. p. 145.

²⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

²⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321 e CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 243-5.

²⁷¹ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 210 e 213; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. in: *Revista do Advogado*. n. 76 São Paulo: AASP, 2004. p. 59-71.

determina efeito retroativo e, ainda, no caso *Stovall v. Denno*, a Suprema Corte assentou que a retroatividade ou irretroatividade da desconstituição dos efeitos da norma inconstitucional é uma opção política²⁷².

Com a evolução do direito constitucional e a maior complexidade das relações jurídicas, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas²⁷³. Neste sentido, Canotilho assevera que a sanção de nulidade absoluta mostra-se inadequada para certas situações, como a lei ainda constitucional (apelo ao legislador), interpretação conforme a Constituição e nulidade sem redução de texto²⁷⁴.

Atento a possibilidade de em certos casos a nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional contrariar mais a vontade constitucional do que a manutenção dos efeitos da inconstitucionalidade, o ordenamento jurídico brasileiro, com o artigo 27 da Lei 9.868/99, veio a permitir que o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior que venha a ser fixado.

Apenas registra-se, por ora, pois esta questão será analisada adiante, que o artigo 27 da Lei 9.868/99 é objeto das ADIns 2.154 e 2.258, pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal. No entanto, parece que o Supremo Tribunal Federal não irá considerar inconstitucional este artigo, que já vigora durante grande lapso temporal e, inclusive, já vem sendo aplicado²⁷⁵.

²⁷² TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 218-9; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. in: *Direito Público*. Porto Alegre, 2005. n. 8. p. 154-62 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. in: *Revista do Advogado*. n. 76 São Paulo: AASP, 2004. p. 59-71.

²⁷³ MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 340.

²⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 923-4.

²⁷⁵ Por exemplo: ADI. 3.615/PB. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJ: 09/03/2007. p. 25.

Em que pese a introdução do artigo 27 da Lei 9.868/99 e a Lei 9.882/99, grande parte da doutrina brasileira e também o Supremo Tribunal Federal continuam a reputar como nula a lei inconstitucional.

No entanto, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro atual, sobretudo após o advento do artigo 27 da Lei 9.868/99, parece ser mais apropriado uma revisão da teoria da nulidade da lei inconstitucional tendo por objeto o direito positivo brasileiro²⁷⁶.

A este respeito, destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da medida cautelar ADI 2.215/PE:

“Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal — que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia —, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica. Essa posição de eminência da Lei Fundamental — que tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto da Constituição — estimula reflexões teóricas em torno da

²⁷⁶ Ferreira Filho afirma que é uma contradição a norma inconstitucional ser nula, mas poder ter efeitos válidos durante um certo período, como ocorre com o artigo 27 da Lei 9.868/99. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42. Paulo Bonavides assevera que a “tese de que as normas jurídicas inconstitucionais têm desde o princípio (*ex tunc*) uma nulidade *ipso jure*, há sido, de último, alvo de redobrados ataques...” Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 339. Como bem observa Jorge Miranda, o Direito positivo de cada país, num dado momento, é quem estabelece os valores jurídicos negativos da lei inconstitucional. Para Miranda, os seguintes valores jurídicos negativos ao ato inconstitucional podem ser: 1) inexistência jurídica – ato inconstitucional não produz nenhum efeito desde sua origem e independentemente de declaração; 2) nulidade – o ato inconstitucional não produz efeitos desde sua origem, é insanável, mas faz-se necessária uma decisão judicial, de caráter declaratório. Aqui, destaca-se que não podem ser alvo de sanção os cidadãos que recusaram-se a cumprir a norma inconstitucional, mesmo antes da declaração judicial; 3) anulabilidade – o ato inconstitucional só deixa de produzir efeitos depois de decisão judicial de natureza constitutiva. No caso da anulabilidade, o vício pode ser sanado; e 4) irregularidade – a inconstitucionalidade não prejudica a produção de efeitos do ato, apesar da possibilidade da previsão de sanções. No Direito de Portugal, Miranda entende que o valor jurídico negativo da lei inconstitucional é a nulidade, apesar da possibilidade da limitação de efeitos da decisão, que atenua o valor jurídico negativo, mas o altera qualitativamente. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 93-105. José Afonso da Silva assevera que a técnica de controle de constitucionalidade desenvolvida no ordenamento jurídico brasileiro não comporta a teoria norte-americana, pois milita a presunção de validade constitucional das leis e atos normativos. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 53.

natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade (com eficácia *ex nunc* ou eficácia *ex tunc*), ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição. Tal diversidade de opiniões nada mais reflete senão visões doutrinárias que identificam, no desvalor do ato inconstitucional, 'vários graus de invalidade' (Marcelo Rebelo de Sousa, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, vol. I/77, 1988, Lisboa). (...) Cumpre enfatizar, por necessário, que, não obstante essa pluralidade de visões teóricas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — apoiando-se na doutrina clássica (Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 132, item n. 60, 1958, Saraiva; Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. IV/135 e 159, coligidos por Homero Pires, 1933, Saraiva; Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 270, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade das Leis*, p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56, 1994, Saraiva; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 204/205, 2ª ed., 1980, Bushatsky) — ainda considera revestir-se de nulidade a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Carta Política (*RTJ 87/758 — RTJ 89/367 — RTJ 146/461 — RTJ 164/506, 509*). Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República (*RTJ 55/744 — RTJ 71/570 — RTJ 82/791, 795*): 'Recurso extraordinário. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo Supremo Tribunal Federal. Alegação de direito adquirido. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte.' (RE 122.202-MG, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJU* de 8-4-94) Mostra-se inquestionável, no entanto, a despeito das críticas doutrinárias que lhe têm sido feitas (Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol., tomo III/87-89, 1997, Saraiva; Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, p. 147, 2ª ed., Ministério da Justiça, 1997, reimpressão fac-similar, v.g.), que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição jurisprudencial, que, ao estender a teoria da nulidade aos atos inconstitucionais,

culmina por recusar-lhes qualquer carga de eficácia jurídica. Embora o *status quaestionis* esteja assim delineado no Supremo Tribunal Federal, não há dúvida de que o relevo dessa matéria impõe novas reflexões sobre o tema (Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, *Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção*, p. 43, 1995, Malheiros; Inocêncio Mártires Coelho, *Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: Uma Questão Política?*, in RDA 221/47-69, 64-66, item n. 4), especialmente se se tiver em consideração a experiência constitucional de outros países, cujas Leis Fundamentais — como ocorre em Portugal (art. 282, n. 4, na redação dada pela 4ª Revisão/1997), na Espanha (art. 164) e na Itália (art. 136), p. ex. — dispõem sobre a amplitude e o regime jurídico inerentes aos efeitos que resultam da declaração de inconstitucionalidade. Essa nova percepção do tema reflete, de certa maneira, nítida influência decorrente da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal germânico, como ressalta Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, p. 308, item n. 9, 10ª ed., 2000, Malheiros), cujo autorizado magistério sustenta a necessidade de criar-se, no plano do controle de constitucionalidade dos atos estatais, ‘um espaço de tempo, intermediário, que assegure a sobrevivência provisória da lei declarada incompatível com a Constituição’. É certo que, no sistema normativo brasileiro, com a edição da Lei n. 9.868/99 (art. 27), introduziu-se inovação claramente inspirada nos modelos constitucionais positivados no direito português e no direito alemão. Impõe-se registrar, no entanto, que o art. 27 da Lei n. 9.868/99 é objeto de impugnação em sede de ação direta de inconstitucionalidade, promovida, respectivamente, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 2.154-DF e ADI 2.258-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), sob a alegação de que a matéria nele versada está sujeita à reserva de Constituição, não podendo, por isso mesmo, ser disciplinada pelo legislador comum. Essa controvérsia, contudo, será oportunamente dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade.”²⁷⁷

Para analisar o valor jurídico do ato inconstitucional, inicialmente, deve se ter em mente a diferenciação entre os planos da existência (pertinência) e validade para situar-se corretamente o problema da inconstitucionalidade. Portanto, a primeira consideração a ser feita é de que a lei inconstitucional

²⁷⁷ ADI 2.215-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 17-4-01, DJ de 26/04/2001, p.4.

possui existência sem validade²⁷⁸. A norma inconstitucional existe e pertence ao ordenamento jurídico porque é posta de acordo com as diretrizes de produção normativa estabelecidas no núcleo normativo originário. Contudo, a norma inconstitucional é inválida, pois padece de um defeito em algum de seus elementos complementares e não retrotraí perfeitamente ao núcleo normativo originário²⁷⁹. Entretanto, por possuir presunção de constitucionalidade, a norma inconstitucional será válida e produzirá efeitos até decisão do Tribunal Constitucional²⁸⁰.

Assentado que o problema da inconstitucionalidade reside no plano da validade e, conseqüentemente, a lei inconstitucional existe invalidamente, analisar-se-á agora se o valor negativo da lei inconstitucional, isto é, averiguar-se-á se a lei inconstitucional é nula ou anulável.

Dada a autonomia e as particularidades do Direito Constitucional, a problemática do valor negativo da lei inconstitucional deve ser examinada à luz do Direito Constitucional. Porém, é necessário se ressaltar, que isso não significa que o tratamento dispensado a distinção entre nulidade e anulabilidade deve ser totalmente independente dos outros ramos do Direito, mesmo porque a diferenciação entre nulidade e anulabilidade faz parte do

²⁷⁸ Em sentido oposto, Marcelo Rebelo de Sousa e Juliano Taveira Bernardes entendem que o ato inexistente pode ser inconstitucional. Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988. p 155; BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 343.

²⁷⁹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 79-81; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12-5; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 538. Zeno Veloso afirma que a lei inconstitucional goza de presunção de validade, como todas as normas, é eficaz, porém é inválida. Cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/1999*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 185. No mesmo sentido, Jorge Miranda assevera que: “A concordância, a relação positiva da norma ou do acto com a Constituição envolve validade, a relação negativa implica invalidade”. Cf. MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1968. p. 11. Segundo Pontes de Miranda, a lei inconstitucional existe, mas invalidamente. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 418.

²⁸⁰ Neste sentido, Michel Temer afirma que “as normas são presumidamente constitucionais até que, por meio de fórmulas previstas constitucionalmente, se obtenha a declaração de inconstitucionalidade e a retirada de eficácia daquele ato...” Cf. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 44.

patrimônio comum de toda a ciência jurídica²⁸¹. Isso não significa, porém, que nulidade e anulabilidade têm características comuns a todos os ordenamentos jurídicos e nem aos diversos ramos jurídicos, mesmo que pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico²⁸².

Kelsen entende que num ordenamento jurídico não pode haver nulidade, ou seja, uma norma jurídica não pode ser nula, mas tão-somente anulável. Todavia, o ordenamento jurídico pode conferir diferentes graus à anulabilidade. Em regra, uma norma jurídica é anulada somente com efeitos para o futuro, porém, excepcionalmente, uma norma jurídica pode ser anulada retroativamente, desconstituindo-se todos os efeitos desta norma desde sua entrada em vigor²⁸³.

De posicionamento semelhante, Regina Maria Nery Ferrari afirma que a teoria que considera absolutamente nula a lei inconstitucional está incorreta, haja vista que as leis têm presunção de constitucionalidade e permanecem válidas e obrigatórias até a apuração do defeito e desconstituição pelo órgão competente. Ademais, a desconstituição da norma inconstitucional pode ter força retroativa, mas não se deve ser olvidado que a lei inconstitucional terá produzido efeitos até a decisão definitiva de sua invalidade²⁸⁴.

²⁸¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 40-1. Porém, deve-se ressaltar que, apesar do estudo da diferenciação entre nulidade e anulabilidade não poder se olvidar dos demais ramos do Direito, não se pode empregar, sem ressalvas, no direito público a teoria das nulidades elaborada no direito civil. Isso porque no direito privado a sanção da nulidade visa restaurar o equilíbrio individual. Já no direito público, a sanção da nulidade tem por objetivo a proteção do interesse público. Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 152.

²⁸² CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 130-1.

²⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 300-8. Com fundamento em Kelsen, o Ministro Leitão de Abreu, no RE 79.343, entendeu que lei inconstitucional é anulável: “se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade.” Cf. RE 79.343, Relator Min. Leitão de Abreu, DJ 02/09/1977, p. 5.970.

²⁸⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158-61. André Ramos Tavares afirma que a sanção da anulabilidade para a lei inconstitucional é a que melhor se amolda aos anseios atuais da sociedade, equilibrando o princípio da supremacia constitucional com a exigência da segurança jurídica. Cf. TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 89.

Ainda, corroborando este entendimento, Canotilho resume a questão com as seguintes afirmações: 1) inconstitucionalidade e nulidade não são conceitos idênticos; 2) a nulidade é um resultado da inconstitucionalidade, é uma sanção do ordenamento jurídico contra a violação de normas constitucionais e 3) a nulidade não é uma conseqüência lógica e obrigatória da inconstitucionalidade, pois podem ser atribuídas diversas sanções à inconstitucionalidade como, por exemplo, a anulação *ex nunc* dos seus efeitos²⁸⁵.

Já Rui Medeiros, destaca que a distinção primordial entre nulidade e anulabilidade se encontra na presença ou na falta de automaticidade, e não na questão da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*. Em outros termos, para Medeiros, a diferenciação entre nulidade e anulabilidade é percebida na necessidade ou não de uma declaração judicial para que a invalidade passe a produzir os seus efeitos²⁸⁶. Dessa forma, no ato nulo a não produção de seus efeitos²⁸⁷ ocorre de forma direta e imediata por força de lei. Por sua vez, no ato anulável, a não produção de efeitos não ocorre de forma automática, mas tão-somente por iniciativa dos interessados. Isso significa que o ato anulável produzirá os seus regulares efeitos até que haja uma provocação para que estes efeitos sejam extintos²⁸⁸.

Em contraposição a opinião de Medeiros, Vitalino Canas considera que o Tribunal Constitucional fixa constitutivamente o alcance dos efeitos da norma inconstitucional e, juntamente com a fixação dos efeitos da norma inconstitucional, compete ao Tribunal Constitucional fixar a gravidade do vício

²⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 919. Gilmar Mendes também afirma que a nulidade não é conseqüência lógica da inconstitucionalidade. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 15

²⁸⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 41. Em sentido oposto, Regina Ferrari entende que a nulidade da lei inconstitucional depende sempre de um pronunciamento jurisdicional do órgão competente e não se produz de forma automática devido a presunção de constitucionalidade das leis. Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 158-9.

²⁸⁷ O ato nulo não tem aptidão para produzir seus efeitos principais, entretanto não está excluída a produção de efeitos paralelos. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 42.

²⁸⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 42-3. Medeiros, ainda, ressalta que a retroatividade da anulação não quer dizer que o ato viciado seja nulo, ou seja, a anulabilidade pode ter efeitos retroativos.

da lei inconstitucional e o valor jurídico negativo corresponde ao vício. Assim, a decisão do Tribunal Constitucional, na parte referente aos seus efeitos, tem implícita a fixação do valor negativo da norma inconstitucional²⁸⁹.

É uma opção legislativa a cominação de nulidade ou anulabilidade a determinados atos. O critério de escolha entre os efeitos negativos da nulidade ou anulabilidade deve ser guiado pela natureza do interesse protegido. Por conseguinte, a opção pelo regime mais severo da nulidade resulta da prevalência do interesse público em garantir a legalidade ou a constitucionalidade, enquanto que a alternativa da anulabilidade advém da atribuição de uma maior importância ao interesse público da estabilidade e certeza²⁹⁰.

Feitas estas considerações, percebe-se que não é mais admissível sustentar que a nulidade é o único valor jurídico negativo atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro à lei inconstitucional, pois é possível a manutenção dos efeitos pretéritos e até a concessão de efeitos futuros à lei inconstitucional.

Da mesma maneira, a tese da anulabilidade absoluta, defendida por Kelsen, que estabelece a eficácia obrigatória da lei inconstitucional até a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, não se harmoniza com a Constituição brasileira. De fato, a teoria exclusiva da anulabilidade da norma inconstitucional não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a vinculação dos poderes públicos à Constituição, o poder de, no controle de constitucionalidade difuso, qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar a norma reputada inconstitucional ao caso concreto e o direito dos indivíduos de recusarem-se a cumprir a norma inconstitucional.

²⁸⁹ CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 128-30. Marcelo Rebelo de Sousa afirma que, no Direito Constitucional, o critério adequado para a diferenciação entre o valor do ato inconstitucional é o interesse predominantemente protegido. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988. p. 230.

²⁹⁰ Ato nulo e anulável existem. A distinção entre nulidade e anulabilidade se dá no plano da validade, baseando-se na maior ou menor gravidade do vício no suporte fático. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. IV. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 4; 29-30. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 43. Luís Roberto Barroso entende que no caso da lei inconstitucional deve sempre se aplicar a sanção mais gravosa da nulidade, haja vista a supremacia da Constituição. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15.

Diante do que foi exposto e da análise do ordenamento jurídico brasileiro atual, principalmente após as Leis 9.868/99 e 9.882/99, há de se concluir que a teoria da nulidade da lei inconstitucional com eficácia *ex tunc* não é mais absoluta no direito brasileiro²⁹¹. Portanto, a lei inconstitucional é nula com eficácia *ex tunc* somente em princípio, pois se admite, excepcionalmente, a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos ou *ex nunc* a lei inconstitucional²⁹².

Logo, como a expurgação com eficácia *ex tunc* da norma inconstitucional é a regra em nosso sistema de controle de constitucionalidade, a nulidade é o valor jurídico negativo atribuído, geralmente, à lei inconstitucional. Por conseguinte, como a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é exceção, devendo ser admitida somente nos casos de sacrifício excessivo do princípio da segurança jurídica ou de outro princípio constitucional²⁹³ enquadrado no excepcional interesse social, a anulabilidade é o valor jurídico negativo atribuído, em caráter excepcional, à lei

²⁹¹ Neste sentido, Luis Afonso Heck afirma que, com base na lei e na jurisprudência, pode-se afirmar que a doutrina da anulabilidade está presente no ordenamento jurídico brasileiro. Cf. HECK, Luis Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 70.

²⁹² Acerca do valor jurídico do ato inconstitucional, no Direito português: Marcelo Rebelo de Sousa entende que o interesse público predominantemente protegido é o da garantia da Constituição, ou seja, o princípio da constitucionalidade prevalece sempre sobre todos os outros interesses. Daí o valor do ato inconstitucional ser a nulidade. Entretanto, há casos onde outros interesses constitucionais, como a segurança jurídica ou interesse social de grande relevo, podem mitigar ou atenuar a nulidade típica. Nesses casos, há uma nulidade atípica. Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988. p. 230-1. Rui Medeiros entende que, na generalidade dos casos, a norma inconstitucional é nula, mas outros interesses constitucionalmente protegidos podem ensejar a anulabilidade da norma inconstitucional. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 765. Por sua vez, Jorge Miranda entende que há uma nulidade fundamental e uma não fundamental. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 103-4. Já Blanco de Morais sustenta que o valor negativo do ato inconstitucional é a nulidade com elasticidade repressiva variável. Há a nulidade com efeitos absolutos, quando houver a desconstituição retroativa dos efeitos da lei inconstitucional, e há a nulidade com efeitos relativos, quando houver uma atenuação da intensidade sancionatória retroativa. Contudo, para Blanco de Morais, nulidade com efeitos relativos não é sinônimo de anulabilidade. Blanco de Morais, ainda, afirma que no controle difuso o valor negativo da inconstitucionalidade é a invalidez-ineficácia, pois a decisão terá apenas efeitos inter-partes e a norma constitucional continuará a produzir efeitos em casos futuros. Cf. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 227-51.

²⁹³ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 871-4. Neste ponto, conforme ressalva Medeiros, é importante registrar que não é o Tribunal Constitucional que faz variar o valor negativo correspondente a lei inconstitucional, mas a própria Constituição.

inconstitucional²⁹⁴. Portanto, em regra, a lei inconstitucional é nula, mas, excepcionalmente, pode ser anulável para a preservação da própria ordem constitucional²⁹⁵.

2.5. Natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade

Enquanto que o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade das leis tem o caráter de um controle meramente declarativo, o sistema austríaco tem o caráter constitutivo de invalidade e ineficácia das leis²⁹⁶.

Assim, ligado ao entendimento da teoria da nulidade da lei inconstitucional por influência do direito norte-americano, no direito brasileiro prevalece o entendimento de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório, pois se limita a reconhecer uma situação preexistente²⁹⁷.

²⁹⁴ A figura da inconstitucionalidade não constitui uma figura unitária. Nulidade e anulabilidade são espécies de invalidade e não têm características e diferenciações estanques e comuns a todos os ordenamentos jurídicos e aos ramos do direito, mesmo que pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico. Nulidade é o valor jurídico negativo correspondente aos vícios mais graves, enquanto que a anulabilidade corresponderá ao restante dos vícios. Cf. CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 130-1 e MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 43 e 765. Zavascki, por sua vez, considera que o artigo 27 da Lei 9.868/99 não abalou a teoria da nulidade da lei inconstitucional, vez que tal disposição reafirmou que a lei inconstitucional é nula. Na realidade, o artigo 27 apenas deixou expresso que em casos excepcionais, relevante interesse social e segurança jurídica, a regra geral poderá deixar de ser aplicada, adotando-se a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que é função típica de juiz. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

²⁹⁵ Neste ponto, Ferreira Filho chega a afirmar que, com a atenuação da nulidade da lei inconstitucional, há uma aproximação do direito brasileiro a tese de Kelsen. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

²⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 117.

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16. Zavascki entende que a sentença que afirma a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma tem natureza declaratória, pois simplesmente declara a validade ou nulidade. Nada constitui nem desconstitui. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 48. De mesmo entendimento, Clève argumenta que: “Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva”. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 245. Também afirma o caráter declaratório Olavo Ferreira. Cf. FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 28-9.

Em sentido contrário ao caráter meramente declaratório da decisão de inconstitucionalidade, Kelsen entende que não é correto afirmar-se que a decisão tem natureza declaratória, mas sim natureza constitutiva, vez que a norma é efetivamente desconstituída pelo reconhecimento do tribunal. Com efeito, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, pois a norma não é nula desde o início de sua vigência, a decisão é que a anula com eficácia retroativa²⁹⁸.

De igual entendimento, Regina Ferrari e Ferreira Filho asseveram que a decisão de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, pois não irá apenas declarar a inconstitucionalidade, a decisão irá também desconstituir o ato normativo e, no caso da decisão com eficácia *ex tunc*, os seus efeitos²⁹⁹.

Há, ainda, uma solução intermediária que defende que a decisão do Tribunal Constitucional com eficácia *ex tunc* tem caráter declaratório, enquanto que a decisão com eficácia *ex nunc*, que limita os efeitos da inconstitucionalidade, tem dupla natureza: 1) declaratória, na parte em que reconhece a nulidade; 2) constitutiva, na parte em que limita os efeitos da declaração de inconstitucionalidade³⁰⁰.

²⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes., 1998. p. 300-8. Baseando-se na doutrina de Kelsen, o Ministro Leitão de Abreu, no RE 79.343, entendeu que a decisão que decreta a nulidade tem caráter constitutivo. Cf. RE 79.343, Relator Min. Leitão de Abreu, DJ 02/09/1977, p. 5.970.

²⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. in: *Revista do Advogado*. n. 76 São Paulo: AASP, 2004. p. 68-71 e FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158-61. De igual posicionamento, Camazano afirma que: “En realidad, la sentencia de inconstitucionalidad es siempre constitutiva...” Cf. BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa. Ainda: HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 44.

³⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 103 e CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 122-5. Apesar de mencionar a existência deste entendimento intermediário, Vitalino Canas entende que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter constitutivo; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 202 e 246.

A partir da análise do direito positivo brasileiro, faz-se necessário uma revisão do entendimento tradicional de que a decisão reconhecedora da inconstitucionalidade tem caráter meramente declaratório³⁰¹.

Neste sentido, é de grande relevo mencionar a classificação científica das decisões judiciais formuladas por Pontes de Miranda, que divide as decisões em: 1) declaratórias, quando contêm enunciado de existência; 2) constitutivas, na medida em que constituem, positivamente ou negativamente, de tal maneira que algum fato jurídico se produziu, se integrou, se transformou ou saiu do mundo jurídico (antes era m e após a decisão é $m + 1$ ou $m - 1$); 3) condenatórias, quando declaram e apontam a infração, além de pronunciar a sanção; 4) mandamentais, quando contêm mandamento, no qual o juiz ou tribunal mandam que alguém realize o conteúdo da prestação jurisdicional; e 5) executórias, que ocorrem nos casos onde se tira algo da esfera jurídica de um indivíduo e transfere-se para a esfera jurídica de outrem, de modo a restaurar a ordem jurídica³⁰².

Entende-se, portanto, que a decisão que decreta a inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, pois o Tribunal Constitucional não irá apenas declarar o defeito da norma, mas procederá também a desconstituição ou modulação de seus efeitos. Por conseguinte, entende-se que nos casos em que o Tribunal Constitucional pronunciar a constitucionalidade da norma a decisão terá caráter declaratório, enquanto que nos casos que julgar pela inconstitucionalidade, a decisão terá caráter constitutivo³⁰³.

³⁰¹ A decisão declaratória supõe existência ou inexistência, não discute o plano da validade. Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. IV. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 29.

³⁰² Ressalta-se, ainda, que as classes dessas decisões são determinadas por preponderância de eficácia das decisões; não há decisões puras, todas as decisões têm elementos de outras. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 414-5.

³⁰³ Pontes de Miranda argumenta que a decisão acerca da inconstitucionalidade não é declaratória. Para que a decisão afirmativa da inconstitucionalidade fosse declaratória seria precisa que a lei inconstitucional não existisse. Por conseguinte, como a lei contrária à Constituição existe, mas invalidamente, a decisão que afirma a constitucionalidade é declaratória, enquanto que a decisão que afirma a inconstitucionalidade é constitutiva. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 414-8. Já Ferreira Filho entende que a decisão pode ter caráter declaratório, constitutivo e até mandamental, no caso de inconstitucionalidade por omissão. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. in: *Revista do Advogado*. n. 76 São Paulo: AASP, 2004. p. 68-71.

2.6. Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil – configuração atual

No Brasil, quando da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, a regra é atribuir-se nulidade absoluta à lei inconstitucional, com a conseqüente desconstituição de todos os efeitos produzidos por ela. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro, artigo 27 da Lei n. 9.868/99, permite, em caráter de exceção, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Assim, poderá o Supremo Tribunal Federal estabelecer a eficácia da decisão a partir da sua publicação ou de um outro momento posterior que deve ser fixado na decisão.

A doutrina e a jurisprudência brasileira sustentavam a nulidade absoluta da lei inconstitucional e a necessidade de retroatividade dos efeitos da decisão para desconstituir todos os atos fundamentados na lei inconstitucional com base no postulado da supremacia da Constituição³⁰⁴.

Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* assenta-se primordialmente no fato de que a Constituição, como fundamento de validade das demais normas, deve prevalecer incondicionalmente sobre as demais normas em caso de contradição ou desconformidade. A prevalência da Constituição sobre as demais normas ocorre desde a promulgação daquela e não apenas quando do reconhecimento da contradição³⁰⁵.

Atribuir-se eficácia *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade significa:

1) invalidar e cessar a vigência da norma inconstitucional a partir do momento de entrada em vigor da norma e não a partir do momento da decisão do

³⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 317-8. Ainda, ADI 652-QO, Relator Min. Celso de Mello, DJ 02/04/1993. "Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito". Em sentido contrário, defendem que a lei inconstitucional é anulável: KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 308-9; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161-3.

³⁰⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 272.

Tribunal Constitucional; e 2) vedar a aplicação da norma inconstitucional a situações desenvolvidas quando da sua vigência e ainda pendentes³⁰⁶.

No entanto, o entendimento da nulidade de pleno direito com desconstituição retroativa da lei inconstitucional não tinha caráter absoluto³⁰⁷ no Brasil e já comportava exceções, antes mesmo do advento do artigo 27 da Lei 9.868/99. De fato, a decisão de inconstitucionalidade de uma lei não acarreta a nulidade de todos os atos concretos que a tiveram por fundamento, por força das fórmulas de preclusão que preservam a segurança jurídica. Por conseguinte, os atos insuscetíveis de revisão não são afetados pela decisão de inconstitucionalidade da lei na qual se fundamentaram. Outra exceção está materializada na sentença condenatória penal, onde inexiste prazo para propositura de revisão e impera o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica e irretroatividade da lei penal mais gravosa. Ainda, deve ser mencionado que a decisão de inconstitucionalidade de uma lei pode ensejar a propositura de ação rescisória, desde que dentro do prazo de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão objeto da ação rescisória³⁰⁸.

³⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 984.

³⁰⁷ Segundo Lucio Bittencourt, a doutrina da ineficácia *ex tunc* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois os efeitos produzidos pela norma não podem ser desconsiderados apenas por uma simples decisão do judiciário. Cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968. p. 148.

³⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 419-23. Registra-se que no Direito português prevalecem essas mesmas exceções à eficácia *ex tunc* da lei inconstitucional. No entanto, Jorge Miranda enumera, além daquelas já expostas, outras exceções Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 280-5 e 290-1. Neste sentido, Paulo Otero afirma que a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral deveria desconstituir os casos julgados fundados em normas inconstitucionais. Contudo, o artigo 282, n.3, da Constituição de Portugal, ressalva os casos julgados da decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa. Dessa maneira, salvo tratando-se de norma penal de conteúdo menos favorável, a declaração de inconstitucionalidade não atinge os casos julgados. A intangibilidade do caso julgado é consequência do princípio constitucional do Estado de Direito Democrático, que visa proteger a segurança e a certeza da ordem jurídica. Admitir-se a modificabilidade do caso julgado significaria pôr em dúvida a estabilidade, a segurança e a tutela da confiança dos cidadãos. Cf. OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993. p. 49-50. Mesmo hoje, após o advento da Lei 9.868/99, a norma penal incriminadora não pode ser modulada. Cf. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 128-9. No Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que os atos administrativos já estabilizados não podem ser invalidados, mesmo que padeçam de algum vício. A estabilização ocorre quando já esgotado o prazo prescricional para a invalidação do ato ou quando, ainda não vencido tal prazo, o ato viciado amplia a esfera jurídica dos administrados, criando relações jurídicas para sujeitos de boa-fé. Nesse caso, interesses hierarquicamente superiores que os presentes na norma violada impõem a manutenção do ato viciado,

Também é necessário mencionar que, antes da introdução do artigo 27 da Lei 9.868/99 no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já admitia exceções à nulidade com eficácia *ex tunc* da lei inconstitucional por meio da utilização de técnicas alternativas de decisão como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de lei “ainda constitucional”. São exemplos os seguintes casos: 1) manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional³⁰⁹; 2) no caso do aumento inconstitucional da remuneração dos magistrados, decidiu-se que os proventos percebidos antes da declaração de inconstitucionalidade não deveriam ser devolvidos³¹⁰; 3) admitiu-se que a lei que concede prazo em dobro à Defensoria Pública é constitucional até este órgão estar devidamente aparelhado e estruturado³¹¹; e 4) considerou-se o artigo 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover, se o Requerente for pobre, ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível, ainda constitucional³¹².

Com efeito, a complexidade das relações jurídicas e das situações da vida torna necessário o temperamento da decisão de inconstitucionalidade para adequá-la a outros princípios de hierarquia constitucional. Ainda, a limitação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade atua como mecanismo de garantia da Constituição, pois a impossibilidade de modulação dos efeitos poderia levar o Tribunal Constitucional a não decidir pela inconstitucionalidade para evitar os gravames decorrentes da decisão³¹³. “Ou, pior ainda, cego às conseqüências

vez que sua desconstituição geraria efeitos mais gravosos aos interesses protegidos na ordem jurídica. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 419.

³⁰⁹ RE 78.533/SP, Relator Min. Firmino Paz, RTJ n. 100, p. 1.086, DJ 26/02/1982, p. 1.290.

³¹⁰ RE 122.202, Relator Min. Francisco Rezek, DJ 08/04/1994, p. 7.243.

³¹¹ HC 70.514/RS, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 27/06/1997, p. 30.225.

³¹² RE 147.776/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/06/1998, p. 9.

³¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 82. A esse respeito da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade registra-se a indagação de Otto Bachof, mencionada por García de Enterría: “¿Puede, le es permitido o debe declarar ineficaz la ejecución de una ley aplicada incólumemente durante largos años declarando una nulidad que privará de soporte a innumerables actos jurídicos, o quizá derribar a sectores enteros administrativos o económicos a causa de una infracción constitucional tardíamente descubierta?” Cf. BACHOF, Otto. *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*. Publicado inicialmente na obra coletiva *Summum ius summa iniuria*. Tübingen, 1963, p. 41 e ss. Apud

de seus julgados, poderá declarar mecanicamente a inconstitucionalidade de normas, atropelando direitos, valores e interesses de estatura constitucional superior”³¹⁴.

Neste sentido García de Enterría expõe que a conseqüente eficácia da *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade gera um sério inconveniente para a Justiça Constitucional, que é o de levar o Tribunal Constitucional, até inconscientemente, a evitar a decisão de inconstitucionalidade da norma, em razão dos efeitos retroativos. Em seguida, García de Enterría argumenta que a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa obrigatória constitui um freio à Jurisdição Constitucional e a doutrina prospectiva elimina esse freio, ampliando o campo de ação da Jurisdição Constitucional e permitindo um ajuste sucessivo e cada vez mais eficaz das normas do ordenamento jurídico aos valores constitucionais ³¹⁵.

Na mesma direção, Raul Bocanegra Sierra afirma que a atribuição obrigatória de eficácia *ex tunc* às leis inconstitucionais tem desvantagens e inconvenientes, que impõem, em certos casos, a limitação do efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade por meio de medidas fundadas na segurança jurídica ou pelo uso de técnicas de decisão que impeçam a produção de resultados desnecessários ou gravosos³¹⁶.

Dessa maneira, a inexistência de uma técnica de decisão alternativa entre a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e a declaração de constitucionalidade pode acarretar o enfraquecimento da própria Constituição e do princípio da constitucionalidade³¹⁷, pois muitas vezes o

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 193.

³¹⁴ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 126. De igual entendimento, Blanco de Moraes afirma que a nulidade com efeitos absolutos não traz qualquer vantagem ao ordenamento jurídico, se dela for feito um uso cego, que ofenda outros princípios constitucionais. Cf. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 298.

³¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia Constitucional. La doctrina prospectiva en la declaracion de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Direito Público*. v. 22. n. 92. p 13-15.

³¹⁶ SIERRA, Raul Bocanegra. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1982. p. 244.

³¹⁷ O princípio da constitucionalidade impõe a conformidade de todas as normas, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais às disposições substanciais ou formais da Constituição. Cf. RAÓ, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Vol. 1, n. 221. São Paulo, 1952.

Tribunal Constitucional não declararia a inconstitucionalidade de uma lei para evitar as conseqüências do efeito retroativo³¹⁸.

Portanto, ao contrário dos que alegam que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade constitui uma suspensão provisória da Constituição, na verdade, a possibilidade do Tribunal Constitucional restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade aumenta a força normativa da Constituição.

Ainda, como não há prazo para a impugnação e a pronúncia de inconstitucionalidade³¹⁹, é certo que a aplicação irrestrita da teoria da nulidade da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames³²⁰, em alguns casos até maior do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Há, inclusive, situações onde a aplicação continuada da norma por grande lapso temporal torna quase impossível a declaração de sua nulidade absoluta³²¹, o que acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando a insegurança jurídica e violando outros princípios constitucionais³²².

Apud BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 44.

³¹⁸ Neste sentido, Oliver P. Field assevera que, em alguns casos, os tribunais hesitam em assumir a responsabilidade dos resultados oriundos da aplicação da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, razão pela qual se faz necessário uma técnica de decisão que reconheça alguns efeitos produzidos pela norma inconstitucional. Cf. FIELD, Oliver P. *The Effect of an unconstitutional statute*. Washington, D.C.: Beard Books, 1999. p. 5.

³¹⁹ ADI – MC 1.247/PA, Relator Min. Celso de Mello, DJ de 08/09/1995, p. 28.354. “O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não esta sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo” (trecho da ementa).

³²⁰ García de Enterría assevera que relação estreita entre os conceitos de nulidade retroativa da lei inconstitucional e catástrofe levou os ordenamentos jurídicos a buscarem outra solução para a eficácia das decisões de inconstitucionalidade. Parece que a solução encontrada foi a eficácia prospectiva, hoje admitida pelos mais importantes sistemas de justiça constitucional do mundo. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional. La doctrina prospectiva en la declaracion de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. In: *Revista de Derecho Público*. v. 22. n. 92. p 14.

³²¹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487.

³²² A respeito da aplicação da norma inconstitucional por grande lapso temporal e da dificuldade de anulação das relações jurídicas sedimentadas, destaca-se trecho do voto do Min. Ellen Gracie no julgamento da ADI 3.615: “Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade do artigo 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, proponho, porém, a aplicação ex nunc dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do Diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos

A justiça constitucional não pode ser cega aos resultados de suas decisões³²³. Logo, se a decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos ocasionar maiores gravames do que a manutenção dos seus efeitos impõe-se a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade com a atribuição de uma eficácia prospectiva³²⁴ à decisão.

Assim, em consonância com a evolução constatada no direito comparado, surge o artigo 27 da Lei 9.868/99, que introduziu o efeito *ex nunc* no controle abstrato e possibilitou que o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Contudo, a atribuição de efeito *ex nunc* à norma inconstitucional tem caráter excepcional, e pressupõe duas condições: uma formal, consubstanciada no fato de que a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a 8 ministros; e outra material, que restringe os casos de limitação dos efeitos a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social³²⁵.

Há de ressaltar-se também que, dado o caráter excepcional da limitação de efeitos, a atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de

efeitos *ex tunc*. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos *ex tunc* não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade.” (ADI 3.615, voto da Min. Ellen Gracie, DJ de 09/03/2007).

³²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 275. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 196.

³²⁴ Camazano conceitua as decisões prospectivas da seguinte maneira: “Las sentencias prospectivas son aquellas que se caracterizan por tener unos efectos a partir de la fecha del fallo (eficacia *ex nunc*) o a partir del plazo (determinado o indeterminado) que el Tribunal fije (eficacia diferida), efectos no retroativos em suma...” Cf. BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

³²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 65.

inconstitucionalidade exige manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, o silêncio do Tribunal a respeito da limitação de efeitos é entendido como a atribuição de eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade, haja vista que esta é a regra³²⁶.

O princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional³²⁷, haja vista o poder, no controle de constitucionalidade difuso, de qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar a norma reputada inconstitucional ao caso concreto e o direito dos indivíduos e do Poder Público de recusarem-se a cumprir a norma inconstitucional³²⁸.

Apesar da estatura constitucional atribuída ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, é certo que não existem princípios absolutos no ordenamento jurídico brasileiro³²⁹. Portanto, o princípio da nulidade da lei

³²⁶ ADI 2.996-ED, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/032007, p. 21. "Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn — admitida por ora a sua constitucionalidade — não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos ex tunc, desde a vigência da lei inválida." (ADI 2.996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-06, DJ de 16-3-07). Ainda, AI 457.766-AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 11/05/2007, p. 68. "A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei." (AI 457.766-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 3-4-07, DJ de 11-5-07).

³²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1200; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24. A doutrina portuguesa, em sua maioria, também atribui hierarquia constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 538. Em sentido oposto, Carlos Roberto Siqueira Castro entende que a eficácia retroativa é mera opção política do Supremo Tribunal Federal. Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 89.

³²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 325-6 e 333; MENDES, Gilmar Ferreira. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE n. 122.202. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. ano 2. n. 1. jan/jun 1994. Brasília, 1994. p. 48.

³²⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In: *Direito Público*. Porto Alegre, 2005. n. 8. pp. 156. Somente a nulidade da lei inconstitucional pode autorizar a recusa, pelo Poder Público, do cumprimento da lei reputada inconstitucional. Caso a lei inconstitucional fosse anulável, esta seria de observância obrigatória até o pronunciamento do órgão judicial competente. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 245-6. Com efeito, os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo podem determinar aos seus subordinados a não aplicabilidade de lei que considerem inconstitucional até a manifestação do Poder Judiciário. Cf. ADI-MC 221/DF, Relator Min. Moreira Alves, DJ 22/10/1993, p. 22.251. Acerca desta questão, Christina Aires Correa Lima afirma que não existem princípios absolutos. Assim, o princípio da nulidade, com a sua eficácia ex

inconstitucional pode colidir ou entrar em concorrência com outros princípios constitucionais e a solução de tal problema deve ser buscada por meio de uma ponderação e harmonização dos princípios em conflito, por onde se chegará a prevalência de um em relação ao outro, no caso concreto. Ressalva-se aqui que não há a exclusão de um princípio ou direito constitucional, mas apenas a prevalência de um em detrimento de outro em razão das circunstâncias do caso concreto³³⁰.

No direito português, Jorge Miranda afirma que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade está condicionada por um princípio da proporcionalidade e, por ser uma exceção, deve ser reduzida ao estritamente necessário³³¹.

Assim, com a atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, não se nega a hierarquia constitucional do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Pelo contrário, reconhece-se que este princípio não é absoluto e, assim, pode ser relativizado nos casos em que sua aplicação ocasionar gravames à própria ordem constitucional ou nos casos em que sua aplicação se mostrar inadequada³³² (como por exemplo, nas hipóteses de

tunc, prevalecerá nas decisões de inconstitucionalidade, salvo quando se deparar com outro princípio constitucional. Cf. LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 27. abr./jun. São Paulo, 1999. p. 200.

³³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1229 -33. Princípios são regras de otimização, isto é, eles podem ser satisfeitos em diversos graus e o grau adequado de satisfação depende do que é legalmente e faticamente possível. O modo de solução do conflito entre princípios é resolvido por meio de um balanceamento ou sopesamento. Se dois princípios são contraditórios e levam a resultados diferentes quando aplicados num caso concreto, a solução será encontrada pelo sopesamento e atribuição de maior peso a um princípio no caso concreto em detrimento do outro. Contudo, isso não significa que o princípio que recebeu menor peso no caso concreto é inválido ou que é o caso de uma exceção ao outro princípio. Pelo contrário, a solução se dá através da ponderação no caso concreto e, dependendo das circunstâncias, a solução de precedência entre os princípios poderá ser outra. Isto significa que os princípios têm diferentes pesos dependendo do caso concreto. Há, no caso concreto, uma relação condicional de precedência de um princípio em detrimento de outro à luz dos fatos em análise. É uma relação condicional, pois dependendo das circunstâncias do caso, a precedência entre os princípios poderá ser diferente. Cf. ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004.p. 47-51.

³³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 288-9.

³³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 333. Relevante também transcrever a observação do Min. Gilmar Mendes: “Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que ser revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio

ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão parcial e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade).

Com efeito, é o próprio princípio da constitucionalidade em sentido amplo que exige a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O princípio da constitucionalidade, apesar de exigir o afastamento efetivo e mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com a otimização parcial da norma constitucional violada sem considerar o restante das disposições constitucionais. O princípio da unidade da Constituição exige uma concordância prática entre os diferentes interesses protegidos constitucionalmente, impondo, dessa forma, que em alguns casos os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sejam restringidos³³³.

Nestes casos excepcionais, o Tribunal Constitucional faz um “controle de mais constitucionalidade” das leis, analisando a compatibilidade da norma infraconstitucional com toda a Constituição para decidir que a atribuição de eficácia *ex nunc* à lei inconstitucional é mais conforme à Constituição ou promove mais a ordem constitucional³³⁴.

Com efeito, a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa continua sendo a regra no ordenamento jurídico brasileiro. A limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade só é admissível quando, por meio de uma ponderação concreta, os efeitos retroativos da declaração de nulidade sacrificarem de maneira excessiva a segurança jurídica ou outro interesse constitucional³³⁵.

sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Cf. Pet. MC - segunda 2.859/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 20/05/2007, p.7. Trecho do relatório do Min. Gilmar Mendes, ement. vol. 02192-2, p. 348. Neste sentido também destaca-se o seguinte julgado do Tribunal Constitucional de Portugal: “Por um lado (consoante se lê num dos seus acórdãos), se, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma com força obrigatória geral, o Tribunal contribui para o reequilíbrio do sistema jurídico, ao mesmo tempo, e quase paradoxalmente, o exercício dessa competência constitui um factor de incerteza e insegurança. Assim, a limitação de efeitos surge como um meio de atenuar os riscos da incerteza e insegurança, consequentes, em princípio, à declaração de inconstitucionalidade”. Cf. Tribunal Constitucional de Portugal, acórdão n. 206/87, de 17 de junho, in Diário da República, 1ª série, n. 156, de 10 de julho de 1987, p. 2738 Apud Miranda, Jorge. p.288-9.

³³³ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711-3.

³³⁴ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 301 e 32-3.

³³⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 713, 716 e 720; BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 326. Luís Roberto Barroso chega a dizer que o artigo 27 da Lei 9.868/99 trata da “formalização de um mecanismo de ponderação de valores”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187. Nesta

Logo, a razão fundamental para a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade está na verificação de que, no caso concreto, a eficácia *ex nunc* assegura melhor a normatividade e eficácia da Constituição, como um todo, do que a eficácia *ex tunc*. Isto quer dizer que o Tribunal Constitucional deve escolher a conseqüência que, na situação concreta, por meio de uma ponderação, conduza a mais rápida, efetiva e abrangente otimização da Constituição³³⁶.

Atente-se que a ponderação exigida para a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ocorre entre princípios de hierarquia constitucional, quais sejam, o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a idéia de excepcional interesse social³³⁷. O princípio da supremacia da

questão, o Tribunal Constitucional de Portugal também exige que o sacrifício de algum interesse ou princípio constitucional seja excessivo para a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: “Mas, por outro lado, não basta para justificar a limitação de efeitos que a declaração de inconstitucionalidade envolva alguma incerteza para o mundo do direito e para vida social dele dependente. Essencial será que a investida contra a segurança jurídica resultante de inconstitucionalização seja de grau elevado”. Cf. Tribunal Constitucional de Portugal, acórdão n. 272/86, de 30 de julho, in *Diário da República*, 1ª série, n. 215, de 18 de setembro de 1986. Apud Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005 p. 289.

³³⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 712-3. Neste sentido, Daniel Sarmento argumenta que o processo de ponderação deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses e direitos em questão de tal maneira que atenda aos seguintes imperativos: “(a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse contraposto”. Cf. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 196-7.

³³⁷ A própria exposição de motivos da Lei 9.868/99 deixa clara a necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e a segurança jurídica ou outro princípio e interesse constitucional subsumível no excepcional interesse social: “Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparada, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, do outro”. Cf. Mensagem 396, de 07/04/1997, publicada no DO de 06/12/1997, p. 40.337-40. De igual entendimento: AI 631.533/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 18/04/2007, p. 47. “Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio

Constituição não entra no processo de ponderação e sequer é afetado, pois são razões de cunho constitucional que impõem à necessidade de limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade³³⁸.

Importante no processo de ponderação, necessário para restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, é o princípio da proporcionalidade, que condiciona a decisão do Tribunal Constitucional³³⁹. O princípio da proporcionalidade, pelas vertentes adequação e necessidade, exige que a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade seja necessária e adequada para proteger a segurança jurídica ou outro princípio constitucional de excepcional interesse social. Já a proporcionalidade em sentido estrito impõe que o sacrifício da constitucionalidade da norma violada deve ser proporcional à proteção da segurança jurídica ou de um outro interesse constitucional³⁴⁰. Isto

da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”. De igual entendimento SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 136. O Tribunal Constitucional da Espanha também exige um processo de ponderação para evitar o sacrifício desproporcional de algum princípio ou interesse constitucional: “El TC, en definitiva, a la hora de fijar los efectos cronológicos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad parte de la doctrina de que ‘la vigencia simultánea de los diversos preceptos constitucionales nos exige que, al determinar el alcance de la declaración de nulidad de una Ley, prestemos también atención a las consecuencias que esa misma declaración de nulidad puede proyectar sobre los diversos bienes constitucionales’, pues ‘la declaración de invalidez de un precepto legal [...] no puede ser a costa de un sacrificio desproporcionado en la efectividad de otras normas constitucionales. Por ello, más allá de la consecuencia inmediata de la declaración de nulidad, esto es, la inaplicación a nuevos supuestos, el TC debe ponderar qué consecuencias adicionales puede contener la declaración de nulidad para evitar que resulten injustificadamente perjudicados otros bienes constitucionales’. (STC 54/2002, de 27 de febrero)” Cf. BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa. Relevante, neste sentido, transcrever o entendimento de Zavascki: o artigo 27 da Lei 9.868 prevê o “conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; do outro, o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera ser mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula.” Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 50.

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 701.

³³⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 288-9.

³⁴⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 702-4. A própria natureza dos princípios é que implica o uso do princípio da proporcionalidade, nos seus três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade (uso do meio menos gravoso) e proporcionalidade

significa que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade é medida de caráter excepcional e deve ser minimizada ao estritamente necessário para a salvaguarda de outros interesses constitucionais.

Convém também observar-se que o poder de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não constitui um poder político do Tribunal Constitucional que ele possa usar discricionariamente. Como já mencionado, a margem de escolha de que o Tribunal Constitucional goza na fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada por razões jurídicas e pelo princípio da proporcionalidade³⁴¹.

A limitação dos efeitos é uma competência que decorre da própria aplicação sistemática do ordenamento jurídico e a sua utilização está vinculada à Constituição e a salvaguarda da segurança jurídica ou de outro interesse protegido constitucionalmente enquadrado no excepcional interesse social.

Neste sentido, sintetizando o que foi exposto, transcreve parte do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Agravo de Instrumento 631.533/RJ:

“O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual "the unconstitutional statute is not law at all", significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial

em sentido estrito (o requisito de balanceamento). Princípios são requerimentos de otimização dependentes do que é legalmente e faticamente possível. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, o requisito do balanceamento, deriva da relação do que é legalmente possível. Se princípios constitucionais concorrem entre si num caso concreto, a possibilidade legal de realizar a norma do caso depende da solução do conflito entre os princípios. Para se alcançar a solução, faz necessário um balanceamento, sopesamento entre os princípios concorrentes para a decisão de qual princípio terá precedência ou a qual princípio será atribuído maior peso na solução do caso em concreto. Cf. ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 66-8.

³⁴¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 695. Jorge Miranda entendia que, além dos motivos jurídicos (segurança jurídica), há razões de caráter político que ensejam a ponderação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. No entanto, Jorge Miranda reviu sua posição e, hoje, entende que a limitação dos efeitos só pode ser justificada por motivos estritamente jurídicos, haja vista o princípio da constitucionalidade. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 705 e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 287.

da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação "ainda constitucional", deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o "apelo ao legislador" e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e ipso jure a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade tout court? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós.¹ Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões - e haveria outras igualmente relevantes - parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se

há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.”³⁴²

Por fim, faz-se necessário esclarecer que o conceito de excepcional interesse social engloba todos os interesses constitucionalmente protegidos não enquadráveis na noção de segurança jurídica. O Tribunal Constitucional, ao utilizar o excepcional interesse social para limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, deve indicar claramente qual interesse constitucional se pretende salvaguardar e os motivos que impõem a atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão³⁴³.

2.7. Efeitos futuros no controle concentrado³⁴⁴

A questão da possibilidade do Tribunal Constitucional conceder eficácia futura à lei inconstitucional é bastante controversa. No Brasil, a questão encontra-se positivada no artigo 27 da Lei 9.868/99, que estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e estabelecer que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior que venha a ser fixado.

Alguns doutrinadores entendem que não é possível a norma declarada inconstitucional continuar produzindo efeitos após o reconhecimento da inconstitucionalidade. Regina Maria Nery Ferrari argumenta que, dada a hierarquia do ordenamento jurídico, é inaceitável que uma norma inferior, em incompatibilidade com a Constituição, continue a existir e produzir efeitos após o reconhecimento do vício³⁴⁵. Já Oswaldo Luiz Palu afirma que o “legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada inconstitucional – somente a Constituição poderia fazê-lo³⁴⁶”. Jorge Miranda também é contrário à

³⁴² AI 631.533/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 18/04/2007, p. 47.

³⁴³ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711.

³⁴⁴ Os efeitos futuros não se confundem com a eficácia *ex nunc*. A eficácia *ex nunc* ocorre a partir da publicação da decisão, já os efeitos futuros em outro momento futuro a ser fixado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, diverso da publicação da decisão (*ex nunc*). Cf. FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 82.

³⁴⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163.

³⁴⁶ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 186-7.

competência do Tribunal Constitucional diferir à lei inconstitucional a produção de efeitos futuros, pois isto violaria o princípio da constitucionalidade³⁴⁷.

Também no sentido da impossibilidade da atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional, Canotilho assevera que não há amparo legal para as decisões que pretendem conferir efeitos ainda mais restritos do que a eficácia *ex nunc*. A não atribuição dos efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade não pode significar a continuidade e aplicação da norma inconstitucional, nem mesmo as lacunas e o vazio jurídico podem se sobrepor ao princípio da constitucionalidade, que seria violado caso a norma inconstitucional continuasse vigente e aplicável. Nestes termos, a publicação oficial da decisão pelo Tribunal Constitucional é um limite temporal absoluto, o que implica que, após esta data, a norma inconstitucional não pode produzir mais efeitos³⁴⁸.

Os argumentos contrários à possibilidade de produção de efeitos futuros não merecem razão, pois o princípio da constitucionalidade não constitui obstáculo. De fato, não se trata de atribuir ao Tribunal Constitucional competência para derrogar temporariamente a Constituição, conferindo uma atribuição de legislador constitucional provisório aos juízes constitucionais. Ao contrário, a limitação de efeitos *in futuro* é aferida a partir da própria Constituição. Não há qualquer mácula ao princípio da primazia da Constituição. São razões estritamente constitucionais que impõem que, em casos excepcionais, devem-se diferir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade para uma data posterior à publicação da decisão³⁴⁹.

Há casos em que a limitação de efeitos *in futuro* é a única solução adequada para a proteção de interesses constitucionais, sendo, inclusive, o único meio de não sacrificar excessivamente tais interesses. Em alguns casos,

³⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 290. Para Jorge Miranda, é um limite absoluto à restrição dos efeitos da decisão inconstitucionalidade o diferimento da produção de efeitos futuros.

³⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 989 e nota 37. Blanco de Moraes também entende que não é possível diferir para o futuro, além da publicação, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Todavia, o Tribunal Constitucional poderá retardar a publicação da decisão por um prazo não superior a um ano. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 305-20.

³⁴⁹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 725.

mesmo a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, pode gerar conseqüências graves. Então, necessário afirmar-se, mais uma vez, que é o próprio princípio da constitucionalidade que impõe a manutenção da lei inconstitucional temporariamente em vigor³⁵⁰.

Em determinadas situações, os efeitos gravosos advindos da decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo impõem a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e até a concessão de efeitos futuros à lei inconstitucional, para que a situação de inconstitucionalidade não seja majorada e para a preservação de outros princípios e interesses constitucionais³⁵¹.

Exemplifica-se a necessidade de concessão de efeitos futuros à lei inconstitucional, mesmo após a decisão de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional, com o caso julgado na ADI 3.316/MT³⁵², no qual uma lei do Estado de Mato Grosso criou o município de Santo Antônio do Leste. Neste caso, a petição da ação direta de inconstitucionalidade alega que a lei estadual que criou o município é inconstitucional, pois viola o art. 18, §4º, da Constituição Federal, modificado pela Emenda Constitucional n. 15/96.

Em suma, na ADI 3.316/MT, requer-se a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual criadora do município de Santo Antônio do Leste em razão desta lei ter sido promulgada em 1998, ou seja, data posterior

³⁵⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 726. Vitalino Canas observa que muitas são as situações em que a limitação de efeitos *in futuro* é a situação aconselhável, como por exemplo, nos casos em que a anulação iria provocar um vazio jurídico, cuja ocorrência é vital evitar. Cf. CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 202-3. De igual posicionamento, Daniel Sarmiento afirma que a desconstituição retroativa da lei inconstitucional pode causar mais danos e mais lesões aos interesses constitucionais do que sua manutenção provisória. Cf. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 125.

³⁵¹ Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal Constitucional da Alemanha, a que Klaus Schlaich faz menção e Paulo Bonavides transcreve: “(...) Excepcionalmente, as disposições inconstitucionais devem, em parte, ou totalmente, continuarem a ter aplicação, se a peculiaridade da norma declarada inconstitucional fizer necessário por razões constitucionais, nomeadamente aquelas derivadas da segurança do direito, que se deixe existir o preceito inconstitucional como regulação durante um período de transição, a fim de que nesta fase uma situação não se produza muito mais apartada da ordem constitucional do que aquela até então prevalecente”. Cf. SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsrecht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. Munique, 1985. P. 174-5. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341.

³⁵² ADI 3.316, Relator Min. Eros Grau, DJ 29/06/2007, p. 21.

a Emenda Constitucional n. 15/96, que exige lei complementar federal que regule o período em que a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios pode ocorrer. No entanto, quando da criação do município de Santo Antônio do Leste não havia lei complementar a regulamentar a questão como exigido pela Constituição Federal, em seu art. 18, §4º.

Como registra o relator do caso, Min. Eros Grau, “a interpretação literal do texto desse §4º do artigo 18 da Constituição do Brasil conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade” da lei que criou o município de Santo Antônio do Leste. Contudo, ocorre que o município “foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia”³⁵³. A existência de fato do município tem inúmeras implicações, como por exemplo: 1) a realização de eleições, onde foram eleitos o prefeito, o vice-prefeito e os vereadores; 2) a instituição e arrecadação de tributos; 3) a prestação de serviços públicos de interesse local; 4) o registro de nascimentos e óbitos no município, além da celebração de casamentos; 5) o município recebeu recursos federais e estaduais, bem como participa da arrecadação de tributos federais e estaduais; 6) o município editou leis.

Ora, não se podem ignorar os fatos e as diversas relações jurídicas criadas e já consolidadas com a criação do município e simplesmente declarar-se a inconstitucionalidade *ex tunc* da lei estadual. De igual modo, não pode o Tribunal Constitucional meramente declarar a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade e fechar os olhos para a inconstitucionalidade existente, como observa o Min. Gilmar Mendes:

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

Não se pode negar a relevância do princípio da segurança jurídica nesse caso. Porém estou convicto de que é possível primar pela otimização de ambos os princípios, tentando aplicá-

³⁵³ ADI 3.316, Relator Min. Eros Grau, DJ 29/06/2007, p. 21. Trecho do voto do Min. Eros Grau.

los, na maior medida do possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar.³⁵⁴

Conforme já mencionado, o princípio da constitucionalidade e o princípio da nulidade da lei inconstitucional, apesar de exigirem o afastamento efetivo e mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com a otimização parcial da norma constitucional violada sem considerar o restante das disposições constitucionais. O princípio da unidade da Constituição exige uma concordância prática entre os diferentes interesses protegidos constitucionalmente, impondo, dessa forma, que em alguns casos os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sejam restringidos ou até, como no presente caso, sejam atribuídos efeitos futuros à lei inconstitucional³⁵⁵.

No caso da ADI 3.316/MT, fica evidente que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* sacrificaria de maneira excessiva a segurança jurídica com a desconstituição de todas as relações jurídicas ainda não abarcadas pela preclusão. Também se percebe que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* não seria suficiente para resolver a questão, pois isto equivaleria a preservar a criação do município e dos atos daí decorrentes até a decisão do Tribunal Constitucional, porém, a partir da decisão de inconstitucionalidade, o município e todos os fatos que decorrem de sua existência seriam nulos.

Dessa maneira, na questão debatida na ADI 3.316/MT, tanto a decisão de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* como a limitação *ex nunc* dos efeitos da inconstitucionalidade causariam o sacrifício excessivo da segurança jurídica. Logo, está demonstrada a possibilidade e a necessidade do Tribunal Constitucional conferir efeitos futuros à lei inconstitucional, desde que para preservar a própria Constituição e o ordenamento jurídico.

Registra-se que no julgamento da ADI 3.316 o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei que criou o município de Santo

³⁵⁴ ADI 3.316, Relator Min. Eros Grau, DJ 29/06/2007, p. 21. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes.

³⁵⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711-3.

Antônio do Leste, porém não declarou a nulidade desta lei e a manteve em vigência por 24 (vinte e quatro meses)³⁵⁶.

A respeito da atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional e, conseqüente, da necessidade de continuar a aplicar-se a lei julgada inconstitucional, é relevante também citar, como exemplo, a decisão de inconstitucionalidade da lei que fixa o salário mínimo. É certo que, neste caso, se o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade com eficácia *extunc*, ou até com eficácia *ex nunc*, da lei que fixa o salário mínimo, o estado de inconstitucionalidade agravar-se-ia, pois não haveria lei aplicável ao fato³⁵⁷.

De fato, a fixação de um salário mínimo visa resguardar o trabalhador ao instituir uma remuneração mínima obrigatória. Assim, a falta de uma lei a regulamentar o salário mínimo afasta-se ainda mais da ordem constitucional do que a manutenção temporária da lei inconstitucional que dispõe sobre o salário mínimo. Logo, há de se concluir que há casos, como o exemplificado, em que a própria Constituição exige a atribuição de eficácia prospectiva à decisão de inconstitucionalidade.

Portanto, é possível que o Supremo Tribunal Federal possa julgar a inconstitucionalidade e estabelecer a eficácia da sua decisão a partir de um momento futuro³⁵⁸. Neste sentido, Gilmar Mendes argumenta que tal competência “não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da

³⁵⁶ A eficácia futura vem possibilitar que os órgãos legislativos solucionem em tempo hábil o problema da lei inconstitucional aplicada temporariamente por meio da criação de novo regramento legislativo. Contudo, tal medida é excepcional e deve ter o menor prazo possível, isto é, o prazo hábil para a criação de novo regramento. Neste caso, pode ser utilizado como parâmetro os prazos de tramitação das leis em regime de urgência (art. 64 da Constituição Federal). Daniel Sarmento defende que o prazo máximo para a produção de efeitos futuros pela lei inconstitucional deve ser de 6 meses. Cf. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 128.

³⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 383-5 e MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 725.

³⁵⁸ É interessante registrar-se aqui que o Tribunal Constitucional da Espanha admite a possibilidade de diferir para o futuro a produção dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: “(STC 235/1999: ‘no estimando este Tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo’)” Cf. BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

própria aplicação sistemática do texto constitucional”³⁵⁹. No mesmo sentido, Rui Medeiros entende cabível a atribuição de eficácia futura à lei inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, vez que limitação de efeitos *in futuro* decorre da própria aplicação do texto constitucional para preservação de outros interesses de cunho constitucionais e, então, a adoção desta técnica de decisão não afeta a supremacia da Constituição. Assim, excepcionalmente, e com base no princípio da proporcionalidade, a lei inconstitucional pode produzir, temporariamente, efeitos após a publicação da decisão que profere a inconstitucionalidade da norma³⁶⁰.

Contudo, algumas observações finais se fazem necessárias quanto a limitação de efeitos *in futuro* da norma inconstitucional: a) o Tribunal Constitucional não tem poder discricionário para a limitação dos efeitos *in futuro*, ele está estritamente vinculado à Constituição e à proteção de interesses constitucionais; b) dado o caráter excepcional da limitação de efeitos, sendo possível, o Tribunal Constitucional deverá optar pela simples suspensão da norma, em vez da manutenção temporária da lei inconstitucional em vigor; c) a norma inconstitucional não pode continuar indefinidamente vigente sob pena de violar o princípio da supremacia da Constituição³⁶¹.

2.8. Eficácia *ex nunc* no controle difuso

De início, é interessante tecer algumas considerações sobre a possibilidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso ou concreto.

Na Áustria, sistema de controle concentrado onde a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia *ex nunc*, por força de dispositivo constitucional (n. 7 do art. 140), a eficácia limitada ou *in futuro* da sentença anulatória da lei inconstitucional não vale para o caso base do controle de constitucionalidade e os casos ainda pendentes de julgamento. A razão para a

³⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 497.

³⁶⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 724-6.

³⁶¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 730-2. É importante esclarecer que, apesar de não haver uma limitação temporal máxima estabelecida para a manutenção da lei inconstitucional em vigor, como acontece na Áustria, é certo que o Tribunal Constitucional deve reduzir ao máximo a vigência provisória da lei inconstitucional.

concessão de efeitos retroativos nestes casos é para premiar e estimular a oposição dos particulares à lei inconstitucional³⁶². Além disso, a concessão de efeitos retroativos ao caso base do controle de constitucionalidade e aos casos pendentes tem a finalidade de evitar o colapso do próprio sistema³⁶³, vez que os indivíduos e os órgãos com legitimidade para colocar a questão ao Tribunal Constitucional não teriam interesse suficiente nem efeitos práticos para provocar a intervenção do órgão jurisdicional³⁶⁴.

Já no direito americano, sistema de controle de constitucionalidade notadamente difuso, a jurisprudência recente admite a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, principalmente nos casos de alteração jurisprudencial. Dessa forma, em certas situações a nova regra só terá eficácia futura (*prospective overruling*). Em outros casos, a nova regra aplica-se ainda aos processos pendentes (*limited prospectivity*) e, por fim, há casos onde a eficácia retroativa é excluída de maneira absoluta (*pure prospectivity*). As *prospectivities* surgiram em decorrência da alteração jurisprudencial dos precedentes e permitem que a Corte Suprema restrinja os efeitos da inconstitucionalidade no caso concreto³⁶⁵.

O exemplo do direito americano vem corroborar que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade não é incompatível com o controle difuso de constitucionalidade. De fato, é possível a decisão de inconstitucionalidade com

³⁶² MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 743.

³⁶³ CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 32-3.

³⁶⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 749.

³⁶⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 743; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207. Tribe observa que se as novas decisões da Suprema Corte são aplicadas retroativamente, então os custos de superação dos precedentes são aumentados e o Tribunal se mostra menos disposto a afastar-se de seus julgados anteriores, razão pela qual há de se admitir a limitação dos efeitos retroativos. Tribe também enumera alguns fatores que a Suprema Corte leva em conta na decisão de superação de precedentes, tais como: analisar se a regra ainda tem aplicabilidade prática, se o desenvolvimento de novos princípios tornou a regra obsoleta, se os fatos ou se o modo de ver os fatos mudaram de tal maneira que a regra não tem mais aplicação ou justificativa e avaliar se a regra a ser superada era objeto de confiança dos destinatários a ponto de sua superação trazer conseqüências mais gravosas que a sua manutenção. Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 235-40. De mesmo entendimento, Larenz argumenta que a alteração da situação normativa pode dar ensejo a uma revisão ou modificação da interpretação anterior. Caso as relações fáticas sobre as quais se projetaram a regulação normativa se alterem de tal modo que a norma deixe de se ajustar às novas relações, faz se necessário uma modificação de sua interpretação. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 495-9.

eficácia *ex nunc* no controle difuso, pois tal técnica de decisão, além de ser inerente ao próprio controle de constitucionalidade, está fundamentada na própria ordem constitucional³⁶⁶ e impede o sacrifício excessivo da segurança jurídica ou de outro princípio constitucional ao permitir a atenuação da nulidade absoluta com a desconstituição retroativa dos efeitos da lei inconstitucional.

Portanto, as razões que justificam a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso são as mesmas já apresentadas na defesa da limitação dos efeitos e na possibilidade da lei inconstitucional produzir efeitos *in futuro*, que podem ser sintetizadas nas seguintes afirmações: 1) é o próprio princípio da constitucionalidade em sentido amplo que postula a limitação de efeitos; 2) o princípio da constitucionalidade, apesar de exigir o afastamento efetivo e mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com a maximização parcial da norma constitucional violada sem considerar o restante das disposições constitucionais; 3) o princípio da unidade da Constituição exige uma concordância prática entre os diferentes interesses protegidos constitucionalmente; 4) quando a desaplicação da norma inconstitucional trazer efeitos mais gravosos do que sua aplicação e, assim, se afastar mais dos interesses constitucionais, se faz necessária a limitação dos efeitos da decisão, seja no controle concentrado ou difuso; e 5) não há qualquer razão que impeça a limitação dos efeitos no controle difuso³⁶⁷.

O Supremo Tribunal Federal já vem aplicando a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso, inclusive com a atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional³⁶⁸.

Neste sentido, destaca-se o RE 197.917/SP³⁶⁹, no qual o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública para reduzir de onze

³⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207-9. De igual entendimento: NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 102; CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 66.

³⁶⁷ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 712 e 744-9.

³⁶⁸ RE 197.917/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004, p.8; RE 442.683, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/2006, p. 55; Pet 2859-MC, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 16/04/2004, p. 91.

para nove o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, baseando o seu pedido na alegação de que a Lei Orgânica do município de Mira Estrela violou o art. 29, inciso IV, alínea “a” da Constituição Federal, que impõe que o número de vereadores seja proporcional à população do município.

Neste caso, a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa sacrificaria excessivamente o princípio da segurança jurídica com a desconstituição de diversas relações jurídicas já concretizadas. Como observado pelo Min. Gilmar Mendes, em seu voto:

“... eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados.³⁷⁰”

Assim, após juízo de ponderação no caso concreto, percebe-se que a atribuição de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade afastar-se-ia ainda mais da vontade constitucional. Neste caso, a própria Constituição impõe a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mesmo no controle difuso de constitucionalidade, para a salvaguarda da segurança jurídica.

Dessa maneira, no julgamento do RE 197.917/SP, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade da lei municipal que fixou um número de vereadores maior que o admitido pela Constituição Federal, por força do princípio da proporcionalidade entre o número de vereadores população local. Ainda, para preservação da segurança jurídica e do interesse público, o Supremo Tribunal Federal concedeu efeitos

³⁶⁹ RE 197.917/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004, p.8.

³⁷⁰ RE 197.917/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004, p.8, trecho do voto do Min. Gilmar Mendes.

futuros à lei inconstitucional, determinando que a Câmara Municipal estabeleça novo regramento sobre a matéria até as próximas eleições³⁷¹.

Outros exemplos relevantes que exigem o afastamento da eficácia *ex tunc* e a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso são a inconstitucionalidade de uma lei eleitoral após a posse dos novos eleitos, a inconstitucionalidade de uma lei orçamentária³⁷² e a inconstitucionalidade de um regime de servidores aplicados por diversos anos sem contestação³⁷³.

³⁷¹ RE 197.917/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004, p.8. “Ementa... 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.”

³⁷² RE 364.304-AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 06/11/2006, p.45. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes: “Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e *ipso jure* a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade *tout court*? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões — e haveria outras igualmente relevantes — parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).” De igual entendimento, Oliver P. Field também já sustentava a impossibilidade da aplicação da teoria da nulidade absoluta à decisão de inconstitucionalidade de uma lei eleitoral. FIELD, Oliver P. *The Effect of an unconstitutional statute*. Washington, D.C.: Beard Books, 1999. p.5.

³⁷³ RE 442.683, Relator Min. Carlos Velloso, DJ de 24/03/2006, p.55. “Servidor público: provimento derivado. Inconstitucionalidade: efeito *ex nunc*. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos, 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17-2-1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27-8-1998”: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 25-6-1999. “Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.”

2.9. Convivência entre o controle concentrado e o controle difuso

De fato, a decisão de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade afeta os processos submetidos ao controle concreto ou difuso³⁷⁴. Portanto, no sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, é de grande importância analisar as implicações da decisão de limitação dos efeitos da inconstitucionalidade proferida no controle concentrado sobre as decisões proferidas no controle difuso e sobre os processos pendentes de julgamento.

No direito português, de sistema misto de controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional pode limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, ressalvando os casos já decididos ou os casos pendentes até determinada data³⁷⁵.

De igual modo, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, poderá o Supremo Tribunal Federal proferir a decisão de inconstitucionalidade com efeitos limitados, ressalvando os casos já decididos ou casos pendentes até um certo momento, ao passo que a decisão de inconstitucionalidade *ex nunc* sem ressalvas afeta todos os processos pendentes de julgamento nas demais instâncias³⁷⁶.

Neste sentido, destaca-se o entendimento do Min. Gilmar Mendes, expressado no julgamento da segunda medida cautelar na petição 2.859/SP:

“Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há

³⁷⁴ A esse respeito, o Min. Sepúlveda Pertence afirmou que cabe ao Supremo Tribunal Federal “construir um sistema de convivência, de harmonização desses dois sistemas, no qual é fatal, dada a eficácia universal do controle abstrato, que este venha a predominar sobre o controle difuso...” Cf. Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADC 4 MC/DF, relator Min. Sydney Sanches, DJ de 21/05/1999, p. 2.

³⁷⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 748. No mesmo sentido, Blanco de Moraes sustenta que caso seja interposta uma ação no controle abstrato de uma norma que tenha sido impugnada em uma pluralidade de processos no controle concreto, seria prudente a suspensão do controle concreto até a decisão do controle abstrato, de modo a salvaguardar o princípio da segurança jurídica e garantir a igualdade na aplicação da Constituição. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 207.

³⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207-8.

de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalta-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto³⁷⁷.”

É necessário dizer também que o Supremo Tribunal Federal, na apreciação de recurso extraordinário, poderá decidir pela inconstitucionalidade com efeitos limitados. Além disso, caso seja proferida a decisão de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* no controle concentrado, os casos concretos ainda não transitados em julgado, devem ter a mesma limitação dos efeitos se submetidos ao Supremo Tribunal Federal³⁷⁸.

2.10. Constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99

De fato, a Lei 9.868/99 suscitou muitas controvérsias³⁷⁹ acerca da constitucionalidade de alguns de seus artigos, sobretudo o artigo 27, que trata da possibilidade de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

³⁷⁷ Pet. MC - segunda 2.859/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 20/05/2007, p.7. Trecho do relatório do Min. Gilmar Mendes, ement. vol. 02192-2, p. 343-4.

³⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1208-9.

³⁷⁹ José Adércio Leite diz que as dúvidas acerca da norma que trata da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade são impressionantes, tanto na questão formal, como na material. Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 241.

por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, exigindo, para tanto, o quorum qualificado de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Antes da Lei 9.868/99, houveram duas tentativas fracassadas de regular, na própria Constituição Federal, a possibilidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a exemplo da Constituição de Portugal que prevê no n. 4 do art. 282³⁸⁰ a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

A primeira tentativa foi na Assembléia Constituinte de 1986-88, na qual foi apresentada proposta que autorizaria o Supremo Tribunal Federal a determinar os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, tal proposta foi rejeitada³⁸¹.

A segunda tentativa ocorreu no processo de revisão constitucional em 1994, na qual foi tentado, novamente, inserir no texto constitucional a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade³⁸². Mais uma vez, a proposta para possibilitar ao Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade foi rejeitada.

Finalmente, com a Lei 9.868/99, foi regulada, mas por lei ordinária, a possibilidade da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Como se vê, a referida lei, em seu artigo 27, traz possibilidades mais amplas ao Supremo Tribunal Federal de modular os efeitos

³⁸⁰ Constituição de Portugal. Artigo 282. n. 4. “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”.

³⁸¹ O projeto apresentado pelo então Senador Maurício Corrêa sugeria a seguinte redação para o artigo 127, §2º, da Constituição Federal: “Quando o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 324-5 e BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22-3.

³⁸² A proposta do então deputado Nelson Jobim era a inserção de um §5º ao artigo 103 da Constituição Federal com o seguinte conteúdo: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão”. Cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/1999*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 190-1; e BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23-4.

da decisão de inconstitucionalidade do que as propostas anteriores, pois, além da eficácia *ex nunc*, prevê a possibilidade de atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional³⁸³.

Contudo, a lei 9.868/99, e seu artigo 27, suscitaram controvérsias acerca da sua constitucionalidade e, por isso, são objetos de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADI 2.154 e ADI 2.258, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, substituído pelo Min. Menezes Direito, ajuizadas, respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL – e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A ADI 2.154, em sua petição inicial, na parte que afirma a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, alega, em síntese, que: 1) a referida lei contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que atribui eficácia *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade; 2) a norma inconstitucional é inexistente; 3) O Supremo Tribunal Federal só tolera a eficácia *ex nunc* da norma inconstitucional em sede cautelar, mas nunca na decisão final de mérito; 4) a atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional não resiste à lógica jurídica: se a norma é inconstitucional, não poderá continuar em vigor; 5) tal proposição normativa só poderia ser objeto de emenda constitucional e não de lei ordinária, vez que sua aplicação atinge todo o sistema jurídico do país e, principalmente, o princípio da legalidade; 6) a aplicação desse dispositivo importará em criação de situações desiguais, pois uma lei inválida será aplicada por um período como se válida fosse. Depois dessa exposição, requer-se a concessão de medida cautelar para que as decisões de inconstitucionalidade tenham eficácia *ex tunc* até o julgamento definitivo do mérito desta ação de inconstitucionalidade e requer-se, na decisão final de mérito, a pronúncia da inconstitucionalidade do artigo 27 por violação dos princípios constitucionais da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal) e da igualdade formal (artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal).

³⁸³ Lei 9.868/99, artigo 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Por sua vez, a petição inicial da ADI 2.258 alega a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 aos seguintes fundamentos: 1) tal artigo fere o Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal) e o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal) ao permitir que atos inconstitucionais, assim julgados pelo Supremo Tribunal Federal, possam produzir algum tipo de efeito; 2) a norma inconstitucional é nula e não pode admitir-se qualquer procedimento que afaste o vício da nulidade da lei; 3) foi proposta emenda constitucional, durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, pelo Senador Maurício Corrêa, para permitir a eficácia *ex nunc* da decisão de inconstitucionalidade, no entanto, tal proposta foi rejeitada; 4) rejeitada a emenda que abria a possibilidade de atribuir-se eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, a norma inconstitucional continua sendo nula no direito brasileiro e não regra condutas. Ao final, requer-se a concessão liminar para afastar a aplicabilidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 até a decisão final de mérito e também se requer, no mérito, a declaração da inconstitucionalidade deste artigo por violar o Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal) e o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal).

Esclarece-se que a ADI 2.258 foi apensada na ADI 2.154, pois as duas ações têm objeto de impugnação com identidade parcial (o artigo 27 é impugnado por ambas as ações) e a ADI 2.154 foi ajuizada anteriormente. Se faz necessário também afirmar que as duas ações tramitarão e serão julgadas conjuntamente³⁸⁴.

A medida cautelar ainda não foi julgada, pois pela relevância da matéria, que exige uma solução rápida e definitiva, utilizou-se a prerrogativa

³⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 133; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 73-4. Ainda, Luís Roberto Barroso registra que: “nos casos em que houver ajuizamento de duas ou mais ações diretas de inconstitucionalidade, cujo objeto de impugnação seja exatamente o mesmo (identidade total), dar-se-á o apensamento das ações subseqüentes aos autos da anteriormente ajuizada, para efeito de sua tramitação conjunta e posterior julgamento, sob o número de registro da primeira ação direta, incluindo-se na autuação desta, a referência aos nomes dos autores que promoveram as demais ações (STF, Inf. STF 142/1, ADIn 1.460-DF, Rel. Min. Sydney Sanches).” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 624.

aberta pelo artigo 12 da própria Lei 9.868/99³⁸⁵, que permite a antecipação da decisão definitiva quando da apreciação da medida cautelar, desde que a matéria seja relevante e tenha especial significado para a ordem jurídica³⁸⁶. Contudo, mesmo tendo transcorrido considerável lapso temporal, a decisão de mérito continua pendente³⁸⁷.

O relator, Min. Sepúlveda Pertence³⁸⁸, julgou procedente o pedido de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 ao argumento de que a nulidade da lei inconstitucional decorre, na ordem constitucional, da adoção, paralela ao controle concentrado, do controle difuso de inconstitucionalidade. Ainda, o Min. Sepúlveda Pertence entendeu que a alteração promovida pelo artigo 27 só poderia ser feita por meio de emenda constitucional. Ademais, considerou, quanto ao conteúdo do artigo 27, que seria necessário conferir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo, com a finalidade de

³⁸⁵ Lei 9.868/99, artigo 12: “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.

³⁸⁶ ADI 2.154/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 02/10/2001, p. 33: “Por outro lado, a natureza e a relevância da matéria reclamam rápida e definitiva solução, a evitar que a pendência do processo - sejam quais forem as decisões cautelares liminarmente tomadas - além de prorrogar o período de incerteza jurídica, possa vir a obstruir o andamento de outros processos objetivos ou subjetivos, quiçá urgentes. Valho-me, pois, da alternativa aberta pelo art. 12 da mesma L. 9868/99 - este, não questionado - para pedir o parecer do Senhor Procurador-Geral da República, no prazo legal, de modo a propiciar o julgamento definitivo da ações” (trecho da decisão).

³⁸⁷ Interessante registrar-se que o artigo 11 da Lei 9.882/99 (“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”), de redação semelhante ao artigo 27 da Lei 9.868/99, foi impugnado pela ADI 2.231, também com pedido de medida cautelar. Neste caso, o relator Min. Néri da Silveira votou pelo indeferimento da medida cautelar em relação a este artigo, por entender que tal sistemática não é incompatível com a Constituição. (ADI 2.231, voto do Min. Néri da Silveira, julgamento em 05/12/2001, DJ 17/12/2001). Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 387, nota 223. Assim, como entende constitucional o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, Gilmar Ferreira Mendes também sustenta a constitucionalidade do artigo 11 da Lei n. 9.882/99 pelo fato da limitação dos efeitos ser inerente ao controle de constitucionalidade. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 279.

³⁸⁸ A relatoria da ADI 2.154 e ADI 2.258 passou para o Min. Menezes Direito, em razão da aposentadoria do Min. Sepúlveda Pertence, conforme determina o artigo 38, inciso IV, alínea “a”, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

excluir do seu âmbito de aplicação o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido³⁸⁹.

Após o voto do Min. Sepúlveda Pertence, o julgamento foi interrompido em virtude da Min. Cármen Lúcia ter pedido vista dos autos. Sendo assim, essas ações diretas de inconstitucionalidade ainda encontram-se pendentes do julgamento final de mérito.

Parte da doutrina também considera inconstitucional o artigo 27 da Lei 9.868/99³⁹⁰.

Luís Roberto Barroso entende que o artigo 27 da Lei 9.869/99 é inconstitucional, pois tal matéria deveria ter sido veiculada por emenda à Constituição. Inclusive, ele ressalta que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade já foi objeto de duas tentativas de se positivar a matéria na Constituição, na Constituinte de 1988 e no processo de revisão de 1994, sendo estas tentativas infrutíferas. Luís Roberto Barroso também alerta para o perigo de que a hipótese excepcional de restringir os efeitos da inconstitucionalidade vire regra, manipulada pelas “razões de Estado”³⁹¹.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta considera que a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade está implicitamente admitida na própria Constituição, sendo inútil, portanto, o artigo 27 da Lei 9.869/99. Ainda, ele

³⁸⁹ ADI 2.154/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Sepúlveda Pertence proferido em 16/08/2007.

³⁹⁰ Ives Gandra da Silva Martins entendia que o artigo 27 da Lei 9.868/99 era inconstitucional. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de inconstitucionalidade. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 1. abril 2003. São Paulo: Dialética, 2003. p. 77; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade. In: *Revista do Advogado*. n. 73. São Paulo: AASP, 2003. p. 85 e MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 308. Contudo, parece que Ives Gandra da Silva Martins mudou seu posicionamento, admitindo, em certas situações a limitação dos efeitos de inconstitucionalidade, conforme o seguinte trecho: “... admitindo eu que, em determinadas circunstâncias, a irreversibilidade da decisão tornaria a sua eficácia atual ou futura, possível de ser estabelecida pelo Pretório Excelso, com o que a decisão valeria a partir de sua publicação, ou para um porvir determinado. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeito prospectivo de decisões da Suprema Corte sobre matéria constitucional – Sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso – Parecer. In: *Revista Forense*. jan./fev. 2007. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 210.

³⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.

entende que este artigo está eivado de inconstitucionalidade, haja vista que tal matéria deveria ser objeto de emenda constitucional e não de lei ordinária³⁹².

Ainda, compartilha do entendimento da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, Octavio Campos Fischer que considera que a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade é prerrogativa do Supremo e, portanto, ao restringir o campo de atuação do Judiciário por lei ordinária, o dispositivo padece de inconstitucionalidade formal e material³⁹³.

Já Oswaldo Palu é adepto do posicionamento de que o artigo 27 da Lei 9.868/99 é parcialmente inconstitucional, pois a parte final do dispositivo permite que uma lei inconstitucional continue a ser aplicada em casos futuros³⁹⁴.

Regina Maria Nery Ferrari também parece entender pela inconstitucionalidade da parte do artigo 27 da Lei 9.868/99 que trata da possibilidade da atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional ao argumentar que, dada a hierarquia do ordenamento jurídico, é inaceitável que uma norma inferior, em incompatibilidade com a Constituição, continue a existir e produzir efeitos após o reconhecimento do vício³⁹⁵.

Jorge Miranda também é contrário à competência do Tribunal Constitucional diferir à lei inconstitucional a produção de efeitos futuros, pois isto violaria o princípio da constitucionalidade³⁹⁶.

Olavo Ferreira sustenta que o artigo 27 é inconstitucional por ofensa ao princípio da supremacia da Constituição, do princípio da nulidade da lei inconstitucional, dos artigos 97 e 102, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal, do princípio da separação de poderes e do princípio da

³⁹² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 99.

³⁹³ FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 216 a 218.

³⁹⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 186 e 187.

³⁹⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163.

³⁹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 290. Para Jorge Miranda, é um limite absoluto à restrição dos efeitos da decisão inconstitucionalidade o diferimento da produção de efeitos futuros.

segurança jurídica. Há também uma inconstitucionalidade formal, pois tal matéria não poderia ser veiculada por lei ordinária³⁹⁷.

Neste mesmo sentido da impossibilidade da atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional, Canotilho assevera que não há amparo legal para as decisões que pretendem conferir efeitos ainda mais restritos do que a eficácia *ex nunc*. A não atribuição dos efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade não pode significar a continuidade e aplicação da norma inconstitucional, nem mesmo as lacunas e o vazio jurídico podem se sobrepor ao princípio da constitucionalidade, que seria violado caso a norma inconstitucional continuasse vigente e aplicável. Nestes termos, a publicação oficial da decisão pelo Tribunal Constitucional é um limite temporal absoluto, o que implica que, após esta data, a norma inconstitucional não pode produzir mais efeitos³⁹⁸.

O Min. Moreira Alves também considera inconstitucional o artigo 27 da Lei 9.868/99, conforme seu voto no julgamento do agravo regimental na reclamação n. 1.880, no qual expõe que:

“... é inconstitucional, como, a meu ver, também o é o art. 27, que vai contra o que é imanente ao nosso sistema, ou seja, que o efeito dessas declarações é desconstitutivo, tendo em vista a circunstância de que temos, ao lado do controle concentrado, o difuso, e não é possível haver um controle com uma eficácia e outro com outra quando visam, em última análise, ao mesmo objetivo”³⁹⁹.

Entretanto, as argumentações acerca da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 não parecem procedentes⁴⁰⁰.

De início, é relevante afirmar-se que o artigo 27 tem natureza estritamente interpretativa limitando-se a “explicitar orientação que decorre do

³⁹⁷ FERREIRA, Olavo A. V. Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 97-9. O autor também é contra a limitação de efeitos no controle difuso. p. 102.

³⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 989 e nota 37.

³⁹⁹ Rcl – AgR 1.880/SP; Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004. p. 17; trecho do voto do Min. Moreira Alves.

⁴⁰⁰ Também entende dessa forma Gilmar Ferreira Mendes, ao afirmar que “não parecem procedentes, pois, as impugnações contra a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 510.

próprio sistema de controle de constitucionalidade”⁴⁰¹, pois “a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade”⁴⁰² e decorre da interpretação sistemática da ordem constitucional.

Com efeito, o artigo 27 da Lei 9.868/99 não tem natureza constitutiva, pois não foi tal dispositivo que introduziu a possibilidade do Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. De fato, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade já vinha sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos⁴⁰³, mesmo antes da Lei 9.868/99. O artigo 27 da Lei 9.868/99 não alterou o regramento do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais determinando em quais situações deve-se ou não aplicar os efeitos retroativos ou limitados, nem o processo de ponderação, deixando por conta do Supremo Tribunal Federal o julgamento da questão⁴⁰⁴.

Como já afirmado anteriormente, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma competência que decorre da própria aplicação sistemática do ordenamento jurídico e a sua utilização está vinculada à Constituição e a salvaguarda da segurança jurídica ou de outro interesse protegido constitucionalmente enquadrado no excepcional interesse social⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 509.

⁴⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 322 e 332.

⁴⁰³ Vide notas 31 a 34. Carlos Roberto Siqueira Castro afirma que “inexiste qualquer norma ou princípio de ordem constitucional a servir de empeco intransponível a que também acompanhamos a tendência que hoje se generaliza na Europa e nos Estados Unidos da América. Não há, verdadeiramente, preceito ou princípio, explícito ou implícito, a impedir entre nós a adoção, pela decisão pretoriana, seja, de um lado, em caráter geral, do efeito prospectivo para as decisões proclamatórias da inconstitucionalidade dos atos normativos, seja, de outro lado, a discricionariedade judicial que habilite o Supremo Tribunal Federal a definir no controle em tese ou concentrado pelo mecanismo da ação direta, a natureza dos efeitos (*ex tunc*, *ex nunc* ou alguma combinação temporal intermediária) do acórdão que proclama a inconsistência de uma lei em face da Constituição da República”. Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 85. Há de se fazer uma ressalva, contudo, ao argumento de Carlos Roberto Siqueira Castro, vez que consideramos que o poder de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não é discricionário e nem legítima a adoção de decisões arbitrárias, sendo certo que a decisão é condicionada por razões jurídicas e pelo princípio da proporcionalidade, além de exigir fundamentação adicional.

⁴⁰⁴ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 353.

⁴⁰⁵ Neste sentido, Nelson Nery Júnior afirma que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é decorrente do próprio sistema de controle de constitucionalidade e independe

De fato, a competência do STF em restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não derivou diretamente do artigo 27 da Lei 9.868/99. Com efeito, a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade decorre do princípio da segurança jurídica ou da preservação de algum princípio ou interesse constitucional. Logo, mesmo que inexistisse o artigo 27 da Lei 9.868/99, ainda assim poderia o STF restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade⁴⁰⁶.

O Min. Carlos Velloso entende que é característica do controle concentrado a eficácia *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*, e, por isso, parece ser favorável à constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868, conforme se vê a partir do seu voto no julgamento do agravo regimental na reclamação n. 1.880:

“Se a lei, na ação direta de inconstitucionalidade, é declarada inconstitucional, é ela retirada do mundo jurídico. Até agora, temos expelido-a do mundo jurídico com efeito *ex tunc*; depois vamos apreciar se o efeito *ex nunc* e o efeito pró-futuro são constitucionais, porque está na Lei 9.868, de 1999, art. 27, a previsão de tais efeitos. Observe-se que é característica do controle concentrado as suas decisões terem esse efeito: *ex tunc*, *ex nunc* e pró-futuro”⁴⁰⁷.

A necessidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade surge da colisão ou concorrência entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional com outros princípios constitucionais. Assim, a solução de tal problema deve ser buscada por meio de uma ponderação e harmonização dos princípios em conflito, por onde se chegará a prevalência de um em relação ao outro, no caso concreto⁴⁰⁸.

de prévia autorização legislativa. Cf. NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 98.

⁴⁰⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 65.

⁴⁰⁷ Rcl – AgR 1.880/SP; Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004. p. 17; trecho do voto do Min. Carlos Velloso. Ressalta-se que o Min. Carlos Velloso, antes da promulgação da Lei 9.868/99, defendia a alteração da Constituição para prever a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, conforme seu discurso proferido na solenidade de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, no dia 27/05/1999. Apud FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 89.

⁴⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1229 -33. Carlos Roberto Siqueira Castro entende que a eficácia retroativa é mera opção política do Supremo Tribunal Federal e não um princípio de índole constitucional. Por conseguinte, em razão de inexistir qualquer disposição na Constituição estabelecendo os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o

Ora, é o próprio princípio da constitucionalidade em sentido amplo que exige a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O princípio da constitucionalidade, apesar de exigir o afastamento efetivo e mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com a otimização parcial da norma constitucional violada sem considerar o restante das disposições constitucionais. O princípio da unidade da Constituição exige uma concordância prática entre os diferentes interesses protegidos constitucionalmente, impondo, dessa forma, que em alguns casos os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sejam restringidos⁴⁰⁹.

De fato, a concessão de eficácia *ex nunc* ou prospectiva às decisões de inconstitucionalidade não implica a revogação temporária da Constituição por leis infraconstitucionais, pois o que ocorre, na realidade, é a prevalência, no caso concreto e após um juízo de ponderação, de um princípio constitucional em detrimento do princípio da nulidade da lei inconstitucional ou do princípio da constitucionalidade. Assim, em última análise, a preservação de efeitos ou a concessão de efeitos temporários a um ato inconstitucional é exigência da própria Constituição⁴¹⁰.

Outra objeção à constitucionalidade do artigo 27 consiste na necessidade da restrição dos efeitos da decisão inconstitucionalidade ser veiculada por emenda constitucional⁴¹¹. Tal argumentação também se mostra improcedente, pois a possibilidade de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma competência do Supremo Tribunal Federal que decorre da própria Constituição⁴¹². Assim, o artigo 27 não introduz qualquer

Supremo Tribunal Federal poderia evoluir e atualizar a sua jurisprudência, de modo a limitar os efeitos da inconstitucionalidade. Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 88-9.

⁴⁰⁹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711-3.

⁴¹⁰ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 351.

⁴¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24, nota 61; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 99 e PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 186 e 187.

⁴¹² Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes afirma que “a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 322 e 332. Zavascki afirma que se a restrição dos efeitos da declaração de

mudança na Constituição, não sendo necessário, portanto, emenda constitucional para regular o procedimento da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade⁴¹³.

Neste sentido, Carlos Alberto Menezes Direito afirma que o artigo 27 da Lei 9.868/99, assim como o artigo 11 da Lei 9.8882/99, é constitucional e está de acordo com nossa realidade legislativa. Não há inconstitucionalidade no dispositivo, pois este, somente, regula a eficácia da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal e esta regulamentação legal está inserida na competência do legislador infraconstitucional⁴¹⁴.

O artigo 27 da Lei 9.868/99 tem caráter interpretativo e procedimental. Tal dispositivo não introduziu a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que decorre da interpretação sistemática da ordem constitucional, mas apenas veio a regular o seu procedimento.

Ainda, alega-se a inconstitucionalidade do artigo 27, pois a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade é prerrogativa do Supremo e ao restringir o campo de atuação do Judiciário por lei ordinária, o dispositivo padece de inconstitucionalidade⁴¹⁵. Esta alegação também não merece prosperar, pois o artigo 27 da Lei 9.868/99 ao condicionar a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, além de exigir um quorum qualificado de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, reforça o caráter excepcional da limitação de efeitos e está em conformidade com o princípio, de

inconstitucionalidade, é função típica de juiz. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49 e 50.

⁴¹³ Neste sentido, Juliano Taveira Bernardes acentua que a ponderação entre princípios constitucionais já poderia ser exercida pela interpretação sistemática da própria Constituição. Logo parece equivocado sustentar a necessidade de emenda constitucional para tanto. Cf. BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 353.

⁴¹⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do direito constitucional brasileiro. In: *Revista Esmafe*. n. 3. Recife: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, 2002. p. 21-3.

⁴¹⁵ FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 216-8.

hierarquia constitucional, da nulidade da lei inconstitucional⁴¹⁶ e com o princípio da constitucionalidade.

Ao condicionar a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, além de exigir um quorum qualificado de dois terços e fundamentação adicional, o artigo 27 da Lei 9.868/99 também vem apaziguar os temores de estimular a inconstitucionalidade⁴¹⁷, de que a hipótese excepcional de restrição dos efeitos da inconstitucionalidade vire regra, manipulada pelas “razões de Estado”⁴¹⁸ e de gerar a irresponsabilidade impositiva⁴¹⁹ no campo tributário.

O último óbice à constitucionalidade do artigo 27 diz respeito a impossibilidade da lei inconstitucional continuar a produzir efeitos após a decisão de inconstitucionalidade, pois isso importaria numa derrogação ou suspensão temporária da Constituição⁴²⁰.

Entende-se que tal alegação também não é procedente, pois a limitação de efeitos *in futuro* é aferida a partir da própria Constituição. Não há qualquer mácula ao princípio da primazia da Constituição. São razões estritamente constitucionais que impõem que, em casos excepcionais, devam-

⁴¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1200; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24. A doutrina portuguesa, em sua maioria, também atribui hierarquia constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 538.

⁴¹⁷ “Sou em tese favorável a que, com todos os temperamentos e contra-fortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao tribunal prostrar o início da eficácia *erga omnes* da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade” Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1.102/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ. 17/11/1995. p. 39.205.

⁴¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 308.

⁴²⁰ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 186 e 187; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 290 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 989 e nota 37.

se diferir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para uma data posterior à publicação da decisão⁴²¹.

Há casos em que a limitação de efeitos *in futuro* é a única solução adequada para a proteção de interesses constitucionais, sendo, inclusive, o único meio de não sacrificar excessivamente tais interesses. Em alguns casos, mesmo a decisão de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, pode gerar conseqüências graves. Então, necessário afirmar-se, mais uma vez, que é o próprio princípio da constitucionalidade que impõe a manutenção da lei inconstitucional temporariamente em vigor⁴²².

Neste caso, pode-se exemplificar com o caso de declaração de inconstitucionalidade da lei que fixa o salário mínimo. É certo que, neste caso, se o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*, ou até com eficácia *ex nunc*, da lei que fixa o salário mínimo, o estado de inconstitucionalidade agravar-se-ia, pois não haveria lei aplicável ao fato⁴²³.

De fato, a fixação de um salário mínimo visa resguardar o trabalhador ao instituir uma remuneração mínima obrigatória. Assim, a falta de uma lei a regulamentar o salário mínimo afasta-se ainda mais da ordem constitucional do que a manutenção temporária da lei inconstitucional que dispõe sobre o salário mínimo. Logo, há de se concluir que há casos, como o exemplificado, em que

⁴²¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 725. Octavio Campos Fischer afirma que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, se feita corretamente, ao invés de atingir a supremacia da Constituição, a protege. Cf. FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 248.

⁴²² MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 726. Vitalino Canas observa que muitas são as situações em que a limitação de efeitos *in futuro* é a situação aconselhável, como por exemplo, nos casos em que a anulação iria provocar um vazio jurídico, cuja ocorrência é vital evitar. Cf. CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 202-3. De igual posicionamento, Daniel Sarmento afirma que a desconstituição retroativa da lei inconstitucional pode causar mais danos e mais lesões aos interesses constitucionais do que sua manutenção provisória. Cf. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 125.

⁴²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 383-5 e MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 725.

a própria Constituição exige a atribuição de eficácia prospectiva à decisão de inconstitucionalidade⁴²⁴.

Por todo o exposto, defende-se a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99⁴²⁵.

⁴²⁴ Outro caso que exemplifica a necessidade da concessão de efeitos está consubstanciado na ADI 3.316/MT, comentada no tópico 2.6.1.

⁴²⁵ Como assevera Ferreiro Filho, o Supremo Tribunal Federal não concedeu liminar para a suspensão dos efeitos da referida lei, quando do julgamento do pedido cautelar na ADI 2.54 e ADI 2.258. Quando o Supremo Tribunal Federal não concede a suspensão da liminar, forte é a presunção que considerará constitucional a norma. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 64, nota 20. Ainda, reforça a suspeita de que o Supremo Tribunal Federal irá julgar constitucional o artigo 27, o fato de que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade vem sendo usado em diversos julgamentos.

3. A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: REPERCUSSÃO PARA OS CONTRIBUINTE

A decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária atinge diversos institutos do Direito Tributário, como o lançamento, a repetição de indébito, as sanções e os institutos da prescrição e decadência. Neste presente trabalho, limitar-se-á o estudo à repercussão da decisão de inconstitucionalidade para os contribuintes, sobretudo nos casos de modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, por meio da atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão ou pelo diferimento da eficácia da decisão para o futuro.

Neste sentido, será examinada a possibilidade da repetição de indébito quando da limitação *ex nunc* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e a possibilidade do contribuinte ter que complementar o pagamento de um tributo pago a menor em razão de a norma julgada inconstitucional, com eficácia *ex tunc*, lhe ser mais benéfica.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Tributário está minuciosamente regulado na Constituição Federal de 1988. Há um capítulo dedicado inteiramente ao Sistema Tributário Nacional – artigos 145 a 162 da Constituição. Contudo, é certo que a regulamentação do Direito Tributário não se circunscreve apenas a este capítulo da Constituição, pois existem normas constitucionais tributárias além das contidas neste capítulo e pela relação horizontal de compatibilidade e coerência de significação entre todas as normas constitucionais⁴²⁶.

De fato, o Direito Tributário está regulado por toda a Constituição Federal, pois a tributação deve obedecer aos princípios e direitos fundamentais, além do que a interpretação das normas constitucionais tributárias, assim como a interpretação de todas as demais normas, exige um

⁴²⁶ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 21-3; Sacha Calmon Navarro Coêlho diz que o Brasil “inundou sua Constituição com princípios e regras de Direito Tributário. Somos o país cuja Constituição é mais extensa e minuciosa em tema de tributação”. Cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4.

trabalho hermenêutico sistemático, com a busca do seu significado normativo por meio das relações horizontais com as demais normas constitucionais⁴²⁷.

Portanto, a tributação está condicionada à estrita observância de toda a Constituição. A Constituição Federal de 1988 determinou o núcleo essencial de incidência de cada tributo e, ainda, discriminou as competências para que as pessoas políticas possam legalmente instituir tributos, assim como impôs limites ao exercício da tributação por meio dos direitos e garantias fundamentais⁴²⁸.

A pormenorizada regulação do Direito Tributário pela Constituição Federal tem como consequência a limitação da liberdade do legislador ordinário de fixar os aspectos e as hipóteses de incidência da norma tributária, haja vista que a materialidade da norma tributária já está prevista e delimitada constitucionalmente, inclusive negativamente com a imposição de óbices e proibições, consubstanciados nos direitos fundamentais⁴²⁹.

A constitucionalização do Direito Tributário significa que os princípios e a fundamentação da tributação encontram-se na Constituição e as normas tributárias infraconstitucionais devem ser compatíveis com as normas constitucionais tributárias e com toda a Constituição. Ainda, deve ser ressalvado que as doutrinas estrangeiras devem ser recebidas com cautela em razão da constitucionalização do Direito Tributário⁴³⁰.

Percebe-se, então, que, no ordenamento jurídico brasileiro, a norma impositiva tributária, isto é, aquela que institui um tributo através da descrição da sua hipótese de incidência e prescrição dos seus critérios constitutivos, é complexa, vez que é formada por diversos dispositivos normativos. Assim, a lei impositiva tributária necessita de uma norma constitucional, autorizando a

⁴²⁷ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 21-3.

⁴²⁸ CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 378-81.

⁴²⁹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 34. Igualmente Antonio Roque Carrazza assevera que o legislador ordinário encontra sua área de tributação perfeitamente delimitada na Constituição. Cf. CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 411.

⁴³⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4.

instituição do tributo e estipulando seus limites, e de uma norma infraconstitucional, que criará o tributo em concreto⁴³¹.

Para a norma instituidora de tributos ser válida, é necessário que esta seja compatível com a Constituição. Em outras palavras, para a exigência de um tributo não basta apenas a previsão da hipótese de incidência em uma lei formal, exige-se, ainda, que a lei veiculadora da hipótese de incidência esteja de acordo, formal e materialmente, com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade⁴³².

Dessa maneira, estando clara a obrigatoriedade da norma impositiva tributária em observar toda a Constituição, sob pena de invalidade e inconstitucionalidade da tributação, averiguar-se-á a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária.

3.1. Decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária: possibilidade de limitação *ex nunc* dos efeitos da decisão

Em matéria tributária, é de grande relevância a questão da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. De fato, no Direito Tributário, a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ganha novos contornos, pois surgem duas questões principais: 1) se é possível que o Estado possa ficar com o tributo instituído e arrecadado com base em lei inconstitucional e, ainda, cobrar o pagamento deste tributo inconstitucional dos contribuintes que não o pagaram; e 2) se é possível que os contribuintes sejam compelidos a pagar a diferença de um tributo recolhido a menor em razão de uma decisão de inconstitucionalidade, com eficácia *ex tunc*, de uma norma mais benéfica aos contribuintes.

Em oposição à possibilidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária, argumenta-se que o Estado, enquanto autor da lei inconstitucional, cobrou e arrecadou tributos inconstitucionais se beneficiando de um ato inconstitucional praticado por ele

⁴³¹ OLIVEIRA, Angelina Mariz de. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 63-4.

⁴³² GRECO, Marco Aurélio e PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição de indébito*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 12.

próprio. Dessa maneira, o Estado não poderia beneficiar-se de um ato inconstitucional que ele próprio praticou, pois, caso contrário, estar-se-ia permitindo ou até incentivando a irresponsabilidade impositiva⁴³³.

Neste sentido, Ives Gandra da Silva Martins é contra a limitação *ex nunc* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade na seara tributária, pois esta restrição de efeitos pode gerar a irresponsabilidade impositiva, fazendo com que tributos inconstitucionais, mesmo após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, tenham seus efeitos inválidos perpetuados, em benefício do Estado⁴³⁴. Ainda, Ives Gandra da Silva Martins faz a seguinte analogia ao justificar seu entendimento desfavorável à limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária:

“Vale dizer, o Estado – que violentou a Constituição – estaria autorizado a permanecer com o produto da arrecadação ilegítima, pela eficácia *ex nunc* ofertada à decisão definitiva. Seria como permitir ao assaltante ficar com tudo o que tiver roubado, até o momento de sua condenação, ficando, apenas, proibido de voltar a roubar as mesma vítimas, depois de condenado”⁴³⁵.

Helenilson Cunha Pontes também tem entendimento contrário à limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária, nos casos de instituição e arrecadação do tributo inconstitucional⁴³⁶.

⁴³³ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 308. Ainda sobre a excepcionalidade da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e sobre o perigo da banalização de sua utilização, destaca-se o entendimento do Min. Maurício Corrêa, quando do julgamento da ADI 1.102: “Sou em tese favorável a que, com todos os temperamentos e contra-fortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao tribunal protrair o início da eficácia *erga omnes* da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade” Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1.102/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ. 17/11/1995. p. 39.205.

⁴³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 308.

⁴³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 308. Ainda: MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 1. São Paulo: Dialética, 2003. p. 77.

⁴³⁶ Helenilson Cunha Pontes entende que o Estado não pode se beneficiar da pronúncia de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária mais benéfica aos contribuintes, sendo, portanto, vedada a cobrança de diferenças que seriam devidas por força da lei repristinada, haja vista a situação privilegiada dos contribuintes no sistema tributário. Cf. PONTES, Cunha Helenilson. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 85-6.

Helenilson Cunha Pontes entende que, julgada inconstitucional a norma impositiva tributária, se faz necessária a devolução integral do tributo arrecadado com base na lei inconstitucional. É imperativa a devolução do tributo arrecadado com base em lei inconstitucional, não sendo admitida a ponderação axiológica para a modulação dos efeitos da decisão e nem a adoção de razões de Estado, sob o risco de promoção de “uma tentadora oportunidade para a proliferação de inconstitucionalidades úteis, isto é, exigências de tributos inconstitucionais e não devolvidos após a declaração de tal vício de validade pelo Supremo Tribunal Federal”⁴³⁷.

Opondo-se à modulação de efeitos da norma inconstitucional em direito tributário, Thomas da Rosa Bustamante afirma que, apesar do artigo 27 da Lei 9.868/99 ser constitucional, tal dispositivo não pode ser aplicado em questões tributárias, em razão do princípio do não confisco e da impossibilidade de admissão do enriquecimento ilícito do Estado⁴³⁸.

Já no Direito português, Maria Margarida Mesquita é contra a limitação dos efeitos da norma inconstitucional em Direito Tributário por violação ao princípio da igualdade e ao princípio da legalidade, que determina que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos inconstitucionais⁴³⁹.

Em contrapartida, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma que a modulação dos efeitos, quando da decisão de inconstitucionalidade, é aplicada no direito tributário da mesma maneira que em outras questões. Paulo Roberto Lyrio Pimenta apenas ressalta que há de se analisar também os princípios da segurança jurídica, moralidade e proporcionalidade quando da ponderação acerca da restrição dos efeitos da inconstitucionalidade no âmbito do Direito Tributário⁴⁴⁰.

⁴³⁷ PONTES, Cunha Helenilson. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 80-1.

⁴³⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A lei n. 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade da fiscalização em direito tributário. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 59. São Paulo: Dialética, 2000. p. 122.

⁴³⁹ MESQUITA, Maria Margarida. *Direito de resistência e ordem fiscal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996. Apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 290, nota n. 1.

⁴⁴⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 96.

Também favorável à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em questões tributárias, Octavio Campos Fischer entende que a reserva do possível e a impossibilidade do Estado de restituir o tributo instituído por lei inconstitucional em razão de dificuldades financeiras autoriza a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade⁴⁴¹.

Roque Antonio Carrazza afirma que devem ser restringidos os efeitos da decisão de inconstitucionalidade nos casos de alterações jurisprudenciais e nos casos em que a eficácia retroativa importar em dano excessivo ao erário público⁴⁴².

Eduardo Dias da Rocha entende que é possível a concessão de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária, contudo há de ser demonstrada a efetiva aplicação dos valores dos tributos indevidos em benefício da coletividade. Caso não seja feita esta exigência, os Poderes Legislativo e Executivo poderiam se ver incentivados a criar tributos inconstitucionais, confiantes que a decisão de inconstitucionalidade produziria apenas efeitos *ex nunc*⁴⁴³.

Ainda, Ives Gandra da Silva Martins, inicialmente contrário à possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mudou seu entendimento para admitir, em determinadas circunstâncias, a restrição dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Todavia, parece que Ives Gandra da Silva Martins somente admite a restrição de efeitos em favor dos contribuintes, pois o Estado não pode ser favorecido pela criação

⁴⁴¹ FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 280.

⁴⁴² CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 65.

⁴⁴³ DIAS, Eduardo da Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 55. São Paulo: Dialética, 2000. p. 61. No mesmo sentido, Octavio Campos Fischer entende que a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário, além da fundamentação jurídica, deve ser baseada em dados fáticos. Cf. FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259-60.

de leis inconstitucionais e com a posterior não devolução dos tributos indevidos⁴⁴⁴.

Rui Medeiros é favorável a possibilidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária e entende que a ruptura financeira do Estado é motivo constitucional para a restrição dos efeitos da decisão sob o fundamento de interesse público de excepcional relevo. Contudo, Rui Medeiros adverte que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tem caráter excepcional e deve observar os princípios constitucionais de proteção aos contribuintes⁴⁴⁵.

Percebe-se, portanto, que a admissão da limitação dos efeitos da norma impositiva tributária envolve a superação de uma visão fortemente privada do Direito, ligada a identificação do Estado como um inimigo, sobretudo no Direito Tributário.

É praticamente pacífica a admissão da restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade quando esta ocasionar prejuízos aos contribuintes pela conseqüente reconstituição da norma anterior mais gravosa que imporia o recolhimento das diferenças dos tributos pagos a menor, ao fundamento da segurança jurídica, da violação aos direitos fundamentais do contribuinte, da boa-fé, da moralidade da administração, entre outros.

Porém, é controversa a admissão da situação inversa, ou seja, da limitação da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária que obsta aos contribuintes o direito à restituição dos tributos recolhidos com base na lei inconstitucional. A argumentação contra a eficácia *ex nunc* da decisão de inconstitucionalidade prejudicial aos contribuintes está fundamentada na proteção aos direitos fundamentais dos contribuintes, no princípio da

⁴⁴⁴ Corroborando a mudança de entendimento de Ives Gandra da Silva Martins, destaca-se o seguinte trecho de seu parecer publicado na Revista Forense: “Tais considerações são necessárias para esclarecer minha posição de que não só no controle concentrado, como no controle difuso, é possível a determinação de ‘eficácia *ex nunc*’ ou ‘prospectiva’ em situações especiais, tendo em conta não só a irreversibilidade das relações ou situações decorrentes de orientação anterior ou ainda de gravíssima lesão a direitos patrimoniais e/ou fundamentais, como também os princípios da ‘não-surpresa’ ou da ‘responsabilidade e confiabilidade na orientação oficial’, princípios essenciais para a estabilidade das instituições”. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeito prospectivo de decisões da Suprema Corte sobre matéria constitucional – Sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso – Parecer. In: *Revista Forense*. jan./fev. 2007. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 213.

⁴⁴⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 715 e 721-2.

legalidade, na exigência da moralidade e boa-fé da Administração Pública na sua atuação, na impossibilidade do Estado aproveitar-se de um ato inconstitucional praticado por ele próprio e na vedação ao enriquecimento ilícito do Estado.

De fato, em que pesem os argumentos arrolados contra a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária, sobretudo nos casos de eficácia *ex nunc* contra os contribuintes, há de se admitir a possibilidade de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária. O Direito Tributário não se diferencia dos demais ramos do Direito e está, por óbvio, submetido à Constituição Federal.

A limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma competência que decorre da própria aplicação sistemática do ordenamento jurídico e a sua utilização está vinculada à Constituição e a salvaguarda da segurança jurídica ou de outro interesse protegido constitucionalmente. Logo, como é o próprio ordenamento constitucional que impõe a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para salvaguardar princípios e interesses constitucionais⁴⁴⁶, é certo que a mesma regra é aplicada às questões tributárias.

Sendo assim, deve admitir-se a limitação dos efeitos da decisão da inconstitucionalidade em questões tributárias tanto nos casos em que a eficácia *ex nunc* for desfavorável aos interesses da Fazenda como nos casos em que for contrária aos interesses contribuintes.

Os argumentos contrários à eficácia *ex nunc* em desfavor dos contribuintes não merecem razão, pois está claro que a limitação dos efeitos da norma inconstitucional fundamenta-se na proteção de toda a ordem constitucional.

Assim, na análise do caso concreto, podem existir princípios ou interesses constitucionais, como a própria conservação do Estado ou a prevenção de situações demasiadamente gravosas à Fazenda Pública, que imponham a atribuição de eficácia *ex nunc* contra os contribuintes. Ainda, há de se registrar que o Estado não enriquece e não auferir lucro, mas sim

⁴⁴⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711-3.

trabalha com o orçamento disponível, prestando serviços e investindo os recursos disponíveis em prol da coletividade, financiado, precipuamente, pela arrecadação de tributos. Logo, há situações concretas que exigem a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, mesmo que contrária aos interesses dos contribuintes.

Não se pode, liminarmente, afirmar que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade da norma impositiva tributária ofende aos direitos fundamentais dos contribuintes, pois não existem direitos ou princípios absolutos em nosso ordenamento jurídico. Por conseguinte, os direitos fundamentais dos contribuintes podem colidir ou entrar em concorrência com outros princípios constitucionais, como a conservação e sobrevivência do Estado, e a solução de tal problema deve ser buscada por meio de uma ponderação e harmonização dos princípios em conflito, por onde se chegará a prevalência de um em relação ao outro no caso concreto⁴⁴⁷.

Portanto, é certo que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária deve ser cercada de maiores cuidados⁴⁴⁸, pois há de entrar no processo de ponderação os direitos fundamentais dos contribuintes e a própria continuidade e sobrevivência do Estado, que é custeado, primordialmente, por meio da instituição e arrecadação de tributos.

Neste sentido, além da fundamentação jurídica, se faz necessário, para a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário, a comprovação, por meio de uma análise fática, da impossibilidade da atribuição de eficácia retroativa à norma inconstitucional em razão do prejuízo excessivo ou irreparável ao Estado, que possa até colocar em risco sua continuidade⁴⁴⁹.

Sobre a questão e os seus efeitos práticos, Eduardo García de Enterría assevera que, em alguns casos, a eficácia retroativa da norma inconstitucional trará somente desordem e problemas administrativos, sem qualquer benefício

⁴⁴⁷ ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 47-51.

⁴⁴⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 722.

⁴⁴⁹ FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259-60.

aos contribuintes, vez que o Estado instituiria novos impostos para cobrir a perda do seu orçamento⁴⁵⁰.

Porém, não se pode olvidar que, independentemente dos benefícios ou prejuízos aos contribuintes, a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade é medida de caráter excepcional e deve ser minimizada ao estritamente necessário para a salvaguarda de outros interesses constitucionais. Então, em questões tributárias, há de se ter o cuidado de evitar que a limitação dos efeitos se transforme em regra, motivada pelas “razões de Estado”⁴⁵¹.

Logo, percebe-se que não se pode, previamente, obstar a aplicação da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária. Em princípio, a limitação dos efeitos em questões tributárias é possível e deve ser auferida de acordo com as circunstâncias do caso concreto, após um processo de ponderação entre os direitos fundamentais dos contribuintes, a sobrevivência e a continuidade do Estado, o princípio da nulidade da lei inconstitucional e a segurança jurídica ou outros princípios e interesses de hierarquia constitucional.

A decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa é a regra, pela preponderância axiológica do princípio da constitucionalidade, da supremacia da Constituição, do princípio da nulidade da lei inconstitucional, do princípio da legalidade tributária e da proteção aos contribuintes. Contudo, no

⁴⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Derecho Público*. v. 22. n. 92. p. 10. Sobre a questão, Octavio Campos Fischer entende que a modulação de efeitos é o último recurso a ser utilizado pelo Poder Judiciário. Antes, deve ser levado em consideração que há diversas formas do Poder Público se recuperar financeiramente da eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade que lhe cause prejuízos, como por exemplo, com o aumento temporário da carga tributária e o parcelamento da devolução. Dessa forma, só quando esgotadas todas essas possibilidades, e, mesmo assim, verificar-se o prejuízo irreparável é que a limitação dos efeitos será possível. Cf. FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 260.

⁴⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24. De igual entendimento, Octavio Campos Fischer assevera que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma “regra de calibração”, que somente há de ser usada em situações limites, nas quais o sistema jurídico não comporta a aplicação da retroatividade da decisão. Apenas dizer que os efeitos produzidos pela norma inconstitucional são protegidos por outros princípios constitucionais não é suficiente para a modulação dos efeitos, pois a rigor, quase sempre algum princípio constitucional estará envolvido na questão da retroatividade ou limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Dessa forma, a modulação dos efeitos, por ser exceção, não pode tornar-se a regra. Cf. FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 253-4.

caso concreto, podem ser restritos os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que para a preservação de algum princípio ou interesse constitucional, que possa vir a ser sacrificado excessivamente pela eficácia retroativa da decisão. Para a atribuição de eficácia *ex nunc* à lei inconstitucional exige-se um ônus argumentativo maior, demonstrando a necessidade de tal medida pelo sacrifício desproporcional de um interesse constitucional⁴⁵².

Percebe-se também que no Direito Comparado é possível a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária.

Em Portugal, a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tem previsão constitucional (artigo 282, n. 4 da Constituição de Portugal), sendo que a modulação de efeitos da norma inconstitucional vem sendo reiteradamente aplicada no Direito Tributário. Inclusive, o primeiro acórdão do Tribunal Constitucional que restringiu os efeitos da decisão de inconstitucionalidade foi em matéria tributária, no caso em que decidiu que as taxas moderadoras sobre o consumo de medicamentos era inconstitucional, porém a decisão de inconstitucionalidade só deveria produzir efeitos a partir da publicação da decisão, de modo a evitar a perturbação financeira e o bom funcionamento dos serviços⁴⁵³.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal admite a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária. O Tribunal Constitucional alemão, ao julgar a inconstitucionalidade de uma lei que versava acerca do imposto sobre vendas por ofensa ao princípio da igualdade, manifestou-se no sentido de que, apesar de existir certa injustiça tributária, tal injustiça deveria ser tolerada por certo tempo, até que o legislador a sanasse por meio de uma reforma legislativa, já em processo de elaboração. Ainda, o

⁴⁵² ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36. Octavio Campos Fischer afirma que há necessidade de uma dupla fundamentação para a modulação dos efeitos, consistente na justificação da necessidade da restrição da eficácia retroativa da norma inconstitucional e na motivação da escolha do marco temporal de início para a produção de efeitos. Cf. FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259.

⁴⁵³ Tribunal Constitucional de Portugal; acórdão n. 24/83. Ainda acerca da jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal sobre a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em questões tributárias: acórdãos n. 92/85; n. 209/87 e n. 76/88. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 721-2.

Tribunal Constitucional alemão afirmou que devido a “grande importância que a lei do imposto sobre vendas tem para a receita da União, mas também para os custos das empresas e a formação geral de preços” não seria possível, no momento, a declaração de nulidade da lei, pois tal decisão conduziria a um resultado insuportável⁴⁵⁴.

Já na Espanha, o Tribunal Constitucional Espanhol passou, pela primeira vez, a admitir a decisão de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade em uma questão tributária, com SSTC 45/1988, que tratava da inconstitucionalidade da liquidação conjunta do imposto sobre a renda da unidade familiar⁴⁵⁵.

Acerca da limitação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária nos Estados Unidos, Oliver P. Field afirma que não há uma tradição no Direito norte-americano de restituir os tributos recolhidos com base em norma inconstitucional, sendo mais comum a não permissão da restituição. A regra geral, na falta de lei específica que regule a matéria, é de que os tributos fundamentados em leis inconstitucionais não estão sujeitos à devolução, a não ser nos casos em que o pagamento foi feito por coerção e sob protesto. As principais razões para obstar a restituição dos tributos recolhidos são que os contribuintes receberam benefícios do Estado quando da utilização do tributo recolhido inconstitucionalmente e que a restituição importaria em gravame ao Tesouro Público⁴⁵⁶.

Portanto, Field conclui que, nos casos de arrecadação de tributos inconstitucionais, os Tribunais têm entendido que outras doutrinas e razões, e não a teoria da nulidade da lei inconstitucional, são utilizáveis para negar a devolução do tributo inconstitucional. Logo, nestas questões, ao contrário do que sustenta a doutrina da nulidade da lei inconstitucional, são conferidos

⁴⁵⁴ Decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 20/12/1966 – BverfGE 21,12. Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. MARTINS, Leonardo. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. p. 153-4.

⁴⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Derecho Público*. v. 22. n. 92. p. 5-10.

⁴⁵⁶ FIELD, Oliver P. *The Effect of an unconstitutional statute*. Washington, D.C.: Beard Books, 1999. p. 241-71.

efeitos à lei inconstitucional; efeitos suficientes para permitir ao Estado ficar com o produto da arrecadação e para negar ao contribuinte a restituição⁴⁵⁷.

No julgado *Harper v. Virginia Department of Taxation*, que discutia a legalidade da lei tributária do Estado da Virginia que tributava os proventos da aposentadoria dos servidores do governo federal, enquanto isentava da tributação os aposentados do Estado da Virginia, a Suprema Corte considerou ilegal tal discriminação e aplicou a regra da retroatividade. Todavia, a Suprema Corte assentou que a lei federal não garante necessariamente a devolução do tributo inconstitucional⁴⁵⁸. Ainda, a Suprema Corte afirmou que o Estado da Virginia é livre e tem certa flexibilidade na escolha de qual remédio adotar para solucionar a tributação discriminatória, desde que observados os princípios do devido processo legal⁴⁵⁹.

3.2. Efeitos futuros à decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário

Questão mais tormentosa é a possibilidade de concessão de efeitos futuros à decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, vez que a admissão de efeitos prospectivos à norma inconstitucional tributária importaria na obrigatoriedade do contribuinte de recolher um tributo já julgado como inconstitucional.

Octavio Campos Fischer argumenta que não se podem conceder efeitos futuros à norma inconstitucional, sobretudo em direito tributário, haja vista que:

⁴⁵⁷ FIELD, Oliver P. *The Effect of an unconstitutional statute*. Washington, D.C.: Beard Books, 1999. p. 271.

⁴⁵⁸ No caso *Davis v. Michigan Dept. of Treasury*, de igual base fática ao caso *Harper v. Virginia Department of Taxation*, ou seja, a discussão acerca da validade de tributação discriminatória, que isentava de tributação os proventos dos aposentados estaduais, enquanto tributava os proventos dos aposentados federais, ficou decidido que a restituição do tributo discriminatório era a solução apropriada ao caso. Cf. 489 U.S. 803 (1989); TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 225-7.

⁴⁵⁹ 509 U.S. 86 (1993); TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 225-7. De igual modo, no caso *Davis v. Michigan Dept. of Treasury*, acerca do pedido prospectivo de não ser submetido a uma tributação discriminatória, a Suprema Corte afirmou que a solução para tal questão deveria ser resolvida pelo Estado de Michigan que, de acordo com suas finanças, tanto poderia estender a isenção aos aposentados federais ou retirar a isenção dos aposentados estaduais. Cf. 489 U.S. 803 (1989); TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000. p. 225-7.

“seria bastante estranho, por exemplo, uma decisão no sentido de que a norma instituidora de um tributo seja inconstitucional, ela deve ser aplicada e obedecida (i) até que o legislador tome alguma atitude para alterá-la ou (sendo mais complacente) (ii) até uma data futura qualquer”⁴⁶⁰.

Apesar da aparente estranheza e do caráter excepcionalíssimo da medida, sobretudo em Direito Tributário, onde a modulação de efeitos *in futuro* há de ser sopesada com os direitos fundamentais do contribuinte e com a sobrevivência do Estado, não se pode negar a possibilidade de concessão de efeitos futuros à decisão de inconstitucionalidade.

Assim como em qualquer outra matéria, em Direito Tributário, são razões estritamente constitucionais que impõem que, em casos absolutamente excepcionais, devem-se diferir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade para uma data posterior à publicação da decisão⁴⁶¹.

Com razão, há casos em que os efeitos gravosos advindos da decisão de inconstitucionalidade, com efeito retroativo ou até com efeito *ex nunc*, impõem a concessão de efeitos futuros à lei inconstitucional, para que a situação de inconstitucionalidade não seja majorada e para a preservação de outros princípios e interesses constitucionais⁴⁶².

Em questões tributárias, a sobrevivência e a continuidade do Estado, que é financiado pela instituição e arrecadação de tributos, constituem a motivação primordial para a admissão da concessão de efeitos futuros à decisão de inconstitucionalidade⁴⁶³.

⁴⁶⁰ FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 256-7.

⁴⁶¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 725. Acerca da atribuição de eficácia prospectiva à norma inconstitucional em Direito Tributário, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma que “o STF poderá atribuir eficácia prospectiva à decisão de inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo, quando houver uma situação excepcional que leve a Corte, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, a afastar os princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da nulidade da norma inconstitucional e do enriquecimento sem causa, para atingir determinado fim protegido pela Constituição”. Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 129.

⁴⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341.

⁴⁶³ Raul Bocanegra Sierra observa que as desvantagens da nulidade retroativa da decisão de inconstitucionalidade pode impor graves conseqüências financeiras. Para solucionar este problema, o Tribunal Constitucional da Alemanha, por meio da utilização de técnicas de decisão, pode conferir eficácia temporária à norma inconstitucional durante certo período. Cf. SIERRA, Raul Bocanegra. *El*

O princípio da constitucionalidade e o princípio da nulidade da lei inconstitucional, apesar de exigirem o afastamento efetivo e mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contentam apenas com a otimização parcial da norma constitucional violada sem considerar o restante das disposições constitucionais. O princípio da unidade da Constituição exige uma concordância prática entre os diferentes interesses protegidos constitucionalmente, impondo, dessa forma, que, em alguns casos, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sejam restringidos ou até, em caráter excepcionalíssimo, que sejam atribuídos efeitos futuros à lei inconstitucional⁴⁶⁴.

A atribuição de efeitos futuros à decisão de inconstitucionalidade deve fundamentar-se na proteção de princípios ou interesses de hierarquia constitucional. Ademais, deve-se ressaltar também que a concessão de efeitos futuros à norma inconstitucional é uma medida de caráter temporário e exige a observância do princípio da proporcionalidade⁴⁶⁵.

A concessão de efeitos futuros à norma tributária inconstitucional é medida de caráter absolutamente excepcional e deve ser minimizada para a salvaguarda de outros interesses de estatura constitucional e para a preservação da ordem constitucional como um todo. Há de se limitar a casos extremos a utilização de tal medida, tendo em vista a ampla proteção e as garantias fundamentais conferidas aos contribuintes pela Constituição Federal.

Afigura-se razoável a atribuição de efeitos futuros à norma impositiva tributária inconstitucional somente nos casos onde a continuidade do Estado esteja sob grave risco, de tal modo que não seja possível aguardar-se a elaboração de novo regramento em conformidade com a Constituição. Ainda assim, a eficácia futura da lei inconstitucional deve ser minimizada estritamente ao prazo necessário para elaboração e aprovação de nova lei constitucional.

valor de las sentencias del Tribunal Constitucional. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1982. p. 244, nota n. 38.

⁴⁶⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711-3.

⁴⁶⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 724-6.

3.3. Inconstitucionalidade da norma impositiva tributária com eficácia *ex tunc*

A decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária com eficácia *ex tunc* importa a nulidade e a desconstituição de todos os efeitos da norma instituidora do tributo desde o seu surgimento, com a conseqüente reprivatização da legislação anterior revogada pela norma inconstitucional.

Da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária com eficácia retroativa podem surgir duas situações distintas: 1) a possibilidade dos contribuintes de exigirem a devolução do tributo pago indevidamente pelo vício da inconstitucionalidade; e, 2) a possibilidade da Fazenda cobrar a complementação dos tributos pagos a menor, caso a norma inconstitucional seja mais favorável aos contribuintes.

3.3.1. Eficácia *ex tunc* favorável aos contribuintes

A decisão de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* é a regra no Brasil. Isso significa que a lei inconstitucional é nula desde sua introdução no ordenamento jurídico e todos os seus efeitos jurídicos devem ser desconstituídos⁴⁶⁶.

De fato, no Direito Tributário, na maior parte dos casos, a decisão de inconstitucionalidade com eficácia retroativa da norma impositiva tributária importa no reconhecimento do direito dos contribuintes à restituição do tributo pago com base em norma inconstitucional⁴⁶⁷.

Tal conseqüência advém do princípio da legalidade, que impõe que qualquer intervenção estatal sobre o direito de propriedade ou sobre a liberdade das pessoas só pode ser instituída por meio de lei. Nesse caso, entende-se que a lei instituidora de um tributo ou limitadora do direito de liberdade deve estar em conformidade com toda a Constituição⁴⁶⁸.

Entende-se, ainda, que a observância do princípio da legalidade na tributação é um direito fundamental dos contribuintes. Daí decorre que os

⁴⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321.

⁴⁶⁷ PONTES, Cunha Helenilson. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 80-1.

⁴⁶⁸ CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 238-42.

contribuintes têm o direito a recolher somente os tributos fundamentados em lei constitucional, conseqüentemente, a decisão de inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo, ou de sua majoração, acarreta a obrigação da Fazenda Pública em restituir o tributo recolhido indevidamente ou a maior⁴⁶⁹.

Por conseguinte, a decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, em regra, terá efeitos retroativos. Dessa forma, o pagamento efetuado pelo contribuinte, de um tributo fundamentado em lei inconstitucional, foi indevido e a cobrança efetuada pela Fazenda Pública estava eivada de nulidade. Portanto, diante da nulidade da norma impositiva tributária que implica a nulidade da cobrança do tributo, se faz necessário a recomposição do estado anterior, com a devolução por parte da Fazenda do tributo inconstitucional ao contribuinte⁴⁷⁰.

A eficácia *ex tunc* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade com a conseqüente obrigação da Fazenda Pública de restituir o tributo recolhido com base em norma inconstitucional estão fundamentadas nos princípios da nulidade da lei inconstitucional, na supremacia da Constituição, no princípio da legalidade tributária, nos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes e na obrigação da Administração Pública em proceder de acordo com os princípios da moralidade e da boa-fé⁴⁷¹.

3.3.2. Eficácia *ex tunc* contra os contribuintes

Neste ponto, há de se analisar se a Fazenda Pública poderá cobrar tributos ou diferenças de pagamento dos contribuintes, em decorrência de uma decisão de inconstitucionalidade, com efeitos retroativos, da lei mais benéfica ao contribuinte e da conseqüente repriminção da norma mais gravosa.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma que os princípios da segurança jurídica e da boa-fé obstam a possibilidade de agravamento da situação do

⁴⁶⁹ PONTES, Cunha Helenilson. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 80-1.

⁴⁷⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 126-7.

⁴⁷¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 125-6; PONTES, Cunha Helenilson. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 76-81; CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 238-42 e 423-4; ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 323-4.

contribuinte em decorrência da decisão de inconstitucionalidade. Com efeito, se o contribuinte cumpriu a obrigação tributária, não poderá a Fazenda pleitear a cobrança de novos tributos ou de acréscimos por ofensa à segurança jurídica. Ainda, a atuação com boa-fé do contribuinte, que efetuou o pagamento do tributo, impede a revisão do lançamento tributário em razão da decisão de inconstitucionalidade da norma mais benéfica ao contribuinte⁴⁷².

Também no mesmo sentido, Octavio Campos Fischer expõe que o contribuinte não pode ter sua situação agravada retroativamente em razão de uma norma inconstitucional editada sob a responsabilidade do próprio Poder Público. Os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da irretroatividade das leis⁴⁷³, conduzem a uma necessária limitação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Ademais, se a repriminção causada pela decisão de inconstitucionalidade importar no aumento da carga tributária, deve ser observado o princípio da anterioridade⁴⁷⁴.

Portanto, a decisão de inconstitucionalidade da norma mais benéfica ao contribuinte vai acarretar, em regra, a vigência da norma anterior. Porém, esta só poderá produzir efeitos a partir do próximo exercício financeiro, caso acarrete a majoração de tributos submetidos ao princípio da anterioridade, ou a partir de noventa dias contados da publicação da decisão de inconstitucionalidade, caso acarrete a majoração de contribuições sociais e outros tributos submetidos ao princípio da noventena⁴⁷⁵.

De igual modo, a alteração de jurisprudência consolidada não pode ter eficácia *ex tunc* se implicar em gravames aos contribuintes, pois o contribuinte não pode ser surpreendido por mudança retroativa de entendimento dos

⁴⁷² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 158.

⁴⁷³ O princípio da irretroatividade diz respeito a irretroatividade do Direito e não apenas da lei, abrangendo também a irretroatividade da alteração jurisprudencial. O princípio da irretroatividade decorre da segurança jurídica. No campo do Direito Tributário, somente normas jurídicas mais benéficas aos contribuintes podem retroagir. Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 45-59.

⁴⁷⁴ FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 278.

⁴⁷⁵ FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 279.

Tribunais, sobretudo quando se tratar de um Tribunal Superior. De fato, a alteração jurisprudencial deve ter eficácia prospectiva, haja vista que a Administração Pública, incluído aí o Poder Judiciário, deve pautar-se pelo princípio da boa-fé, da não-surpresa e da irretroatividade, o que significa que os contribuintes não podem ser agravados pela alteração de uma jurisprudência consolidada de um Tribunal. Dessa forma, as alterações jurisprudenciais devem ter eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, de modo a preservar a segurança jurídica e a irretroatividade do Direito⁴⁷⁶.

Acerca da alteração jurisprudencial e a eficácia prospectiva, em contrariedade ao entendimento exposto acima, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário 381.964, ainda com acórdão pendente de publicação, julgou constitucional a cobrança da contribuição para o financiamento da seguridade social – COFINS – de sociedades civis e negou a atribuição de efeitos prospectivos à decisão.

A contribuição para o financiamento da seguridade social foi instituída pela Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991, que, no inciso II de seu artigo 6º, isentou do pagamento dessa contribuição as sociedades civis arroladas no artigo 1º do Decreto-Lei n. 2.397/87⁴⁷⁷.

Contudo, a Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em seu artigo 56, dispôs que as “sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços”, revogando a isenção concedida pela Lei Complementar n. 70. Ainda, o parágrafo único do artigo 56 determina que a incidência dessa contribuição se iniciará a partir do mês de abril de 1997.

⁴⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 8-15; NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 82-95; CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 63-5.

⁴⁷⁷ Pelo artigo 1º do Decreto-Lei n. 2.397/87, as sociedades civis seriam sociedades “de prestações de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País”.

Dessa forma, a Fazenda Nacional começou a exigir das sociedades civis de prestação de serviços legalmente regulamentados a contribuição para o financiamento da seguridade social a partir de abril de 1997.

No entanto, vários contribuintes questionaram a validade do artigo 56 da Lei n. 9.430 ao argumento da existência de uma hierarquia entre as leis, que, no caso, implica que a lei ordinária revogadora da isenção não poderia alterar a lei complementar que concedeu a isenção, pois a lei complementar tem superioridade hierárquica em razão do seu quorum de aprovação qualificado⁴⁷⁸.

Após diversas decisões favoráveis aos contribuintes, o Superior Tribunal de Justiça, em 2003, editou a Súmula 276, com o seguinte teor: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”⁴⁷⁹.

Todavia, em oposição ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário 381.964, em 17/09/2008, com acórdão ainda pendente de publicação, decidiu que o artigo 56 da Lei n. 9.430 é constitucional, bem como a exigência da contribuição para o financiamento da seguridade social das sociedades civis de prestação de serviços legalmente regulamentados, pois não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal negou a concessão de efeitos *ex nunc* à sua decisão, em uma votação na qual houve um empate de 5x5. A negativa para a modulação de efeitos fundamentou-se no entendimento de que a matéria era propriamente constitucional, logo a última palavra cabia ao Supremo Tribunal Federal, e também no fato de que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça contrariava jurisprudência consolidada do

⁴⁷⁸ “A revogação da isenção pela Lei nº 9.430/96 fere, frontalmente, o princípio da hierarquia das leis, visto que tal revogação só poderia ter sido veiculada por outra lei complementar”. Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 421741/MG; Relator Min. José Delgado, Primeira Turma; DJ de 09/09/2002.

⁴⁷⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 276. Primeira Seção; DJ de 02/06/2003, p. 365. No julgamento da AR 3.761/PR, a Primeira Seção deliberou pelo cancelamento da Súmula n. 276. Cf. Ar 3761/PR; Relatora Min Eliana Calmon; Primeira Seção; DJe 01/12/2008.

Supremo Tribunal Federal, que não estabelecia hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

Apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal, neste caso específico, parece que o melhor caminho seria a atribuição de eficácia prospectiva à decisão que acarretou a mudança de jurisprudência, de modo a preservar o princípio da segurança jurídica, da boa-fé e da irretroatividade do Direito, englobando-se aí as alterações jurisprudenciais.

Com efeito, os contribuintes que se pautaram no entendimento do Superior Tribunal de Justiça e tinham confiança no entendimento deste Tribunal Superior não poderiam ter sua situação agravada retroativamente em decorrência de alteração jurisprudencial, mesmo que a modificação tenha sido feita pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência do princípio da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança.

Ademais, conforme ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento de 17/09/2008, o próprio Supremo Tribunal Federal sistematicamente considerava a matéria infraconstitucional, corroborando o entendimento do Superior de Tribunal de Justiça. De acordo com o Ministro Celso de Mello, o entendimento do Supremo Tribunal Federal só veio a modificar-se a partir do julgamento do RE 419.629/DF⁴⁸⁰ e RE- AgR 451.988⁴⁸¹, sendo que a publicação dos acórdãos que modificaram o entendimento anterior foram em 17/03/2006 e 30/06/2006, enquanto que a Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça foi enunciada em 02/06/2003.

Ainda, há de se observar que o caso não diz respeito à modulação de efeitos prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99, haja vista que foi proferida uma decisão de constitucionalidade e não de inconstitucionalidade. Por conseguinte, parece-me que o quorum qualificado de dois terços, como previsto no artigo 27 da Lei 9.868/99, não seria aplicável, pois não está presente o processo de ponderação entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica ou

⁴⁸⁰ RE 419.629/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/06/2006, p. 16.

⁴⁸¹ RE-AgR 451.988/RS, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17/03/2006, p. 15.

de um excepcional interesse social⁴⁸², mas sim uma questão de alteração jurisprudencial.

Dessa maneira, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, por força do princípio da segurança jurídica, deveria ter atribuído eficácia *ex nunc* à sua decisão ou então ter ressalvado os casos já decididos e pendentes de julgamento, de forma a proteger os contribuintes de boa-fé que organizaram suas atividades e confiaram no entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça.

3.4. Inconstitucionalidade da norma impositiva tributária com eficácia *ex nunc* e repetição de indébito

Em regra, a decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária terá efeitos retroativos e importará no direito dos contribuintes de reaverem o tributo inconstitucional já recolhido.

Todavia, há casos em que o direito dos contribuintes à repetição de indébito do tributo inconstitucional deverá ser limitado para a preservação de outros interesses constitucionais como, por exemplo, a conservação do Estado.

Como já abordado acima, no item 3.1, é possível a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária, desde que para salvaguardar a segurança jurídica ou algum interesse de hierarquia constitucional.

Não há controvérsias acerca da admissão da eficácia *ex nunc* na decisão de inconstitucionalidade quando esta ocasionar prejuízos aos contribuintes pela conseqüente repristinação da norma anterior mais gravosa que imporia o recolhimento das diferenças dos tributos pagos a menor. Admite-se a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade que importar em maior gravame aos contribuintes ao fundamento da segurança jurídica, do princípio da legalidade, da violação aos direitos fundamentais do contribuinte, da boa-fé e da moralidade da administração.

⁴⁸² Caso não fosse aplicado o quorum qualificado, como entendeu o Supremo Tribunal Federal, o julgamento deveria ser reiniciado para que a Min. Ellen Gracie proferisse o voto de desempate. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Modulação de efeitos temporais, no caso da Cofins, pode se dar por maioria absoluta*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=72138. Acesso em 5/12/2008.

Igualmente, há de se admitir, em caráter excepcional, a atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária para evitar situações extremamente gravosas à Fazenda Pública e que ponham em risco a continuidade do Estado. Nestes casos, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade irá obstar a repetição de indébito dos tributos inconstitucionais.

Em oposição à atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade prejudicial aos contribuintes, alega-se que tal decisão ofende aos direitos fundamentais dos contribuintes, ao princípio da legalidade, ao princípio da moralidade e da boa-fé da Administração Pública, além do que é vedado ao Estado o enriquecimento ilícito.

Não procedem tais argumentos, pois é o próprio ordenamento constitucional que impõe a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para salvaguardar princípios e interesses constitucionais⁴⁸³, ou seja, a restrição de efeitos fundamenta-se na proteção global do ordenamento constitucional.

De fato, há princípios ou interesses constitucionais, como a própria conservação do Estado ou a prevenção de situações demasiadamente gravosas à Fazenda Pública, que impõem a atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, mesmo se tal decisão importar em óbice ao direito de repetição de indébito dos contribuintes.

A princípio, não se pode afirmar que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade da norma impositiva tributária ofende aos direitos fundamentais dos contribuintes, pois não existem direitos ou princípios absolutos em nosso ordenamento jurídico⁴⁸⁴.

A atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, mesmo que signifique um óbice ao direito de repetição de indébito, não ofenderá aos direitos fundamentais dos contribuintes se tal decisão for utilizada para preservar um direito ou um princípio constitucional.

⁴⁸³ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711-3.

⁴⁸⁴ ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 47-51; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 80-3.

Pode-se afirmar até que há uma preponderância axiológica do princípio da constitucionalidade, da supremacia da Constituição, do princípio da nulidade da lei inconstitucional, do princípio da legalidade tributária e da proteção aos contribuintes, que, como regra, acarretará a atribuição de eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária e, por conseguinte, o direito à repetição de indébito do tributo inconstitucional⁴⁸⁵.

Contudo, no caso concreto, podem ser restritos os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que para a preservação de algum princípio ou interesse constitucional, que possa vir a ser excessivamente sacrificado pela eficácia retroativa da decisão.

Ressalta-se que, para a atribuição de eficácia *ex nunc* à lei inconstitucional, é exigido um ônus argumentativo maior, demonstrando a necessidade de tal medida pelo sacrifício desproporcional de um interesse constitucional⁴⁸⁶.

Dessa maneira, percebe-se que a atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, mesmo se importar em óbice ao direito de repetição de indébito do tributo inconstitucional, não ofenderá aos direitos fundamentais do contribuinte, se a decisão for utilizada para preservar ou dar prevalência, no caso concreto, a outro princípio ou interesse constitucionalmente protegido.

Não é razoável e nem proporcional a proteção irrestrita dos contribuintes por meio do impedimento da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, se esta obstar o direito à repetição de indébito. De fato, se a desconstituição retroativa dos efeitos da lei inconstitucional acarretar no sacrifício excessivo da Fazenda Pública ou pôr em risco a continuidade do

⁴⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36; FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259.

⁴⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36. Octavio Campos Fischer afirma que há necessidade de uma dupla fundamentação para a modulação dos efeitos, consistente na justificação da necessidade da restrição da eficácia retroativa da norma inconstitucional e na motivação da escolha do marco temporal de início para a produção de efeitos. Cf. FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259.

Estado, há de se admitir a concessão de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade.

Os direitos fundamentais dos contribuintes, como o princípio da estrita legalidade tributária, não podem significar a exclusão ou o sacrifício excessivo de outros princípios e interesses constitucionais, como a continuidade do Estado.

A solução desta questão deve ser buscada por meio de uma ponderação e harmonização dos princípios em conflito, por onde se chegará a prevalência de um em relação ao outro, de acordo com as especificidades do caso concreto⁴⁸⁷.

Ademais, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mesmo nos casos que impedem a repetição de indébito do tributo inconstitucional, não ofende ao princípio da proteção do núcleo essencial⁴⁸⁸ dos direitos fundamentais dos contribuintes, pois a eficácia *ex nunc* tem caráter excepcional e somente poderá ser utilizada para a salvaguarda de algum princípio ou interesse constitucional que seria desproporcionalmente sacrificado.

Contudo, em razão do seu caráter excepcional, deve-se ter o cuidado de evitar que a limitação dos efeitos se transforme em regra, motivada pelas “razões de Estado”⁴⁸⁹, e aí sim ofenda aos direitos fundamentais dos contribuintes.

⁴⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1229 -33; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 80-3.

⁴⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43.

⁴⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24; FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 253-4.

3.5. Convivência entre o controle concentrado e o controle difuso

A decisão de inconstitucionalidade proferida no controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado afeta os demais processos submetidos ao controle concreto ou difuso⁴⁹⁰.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, poderá ressalvar os casos já decididos ou os casos pendentes até determinado momento. A decisão de inconstitucionalidade *ex nunc* sem ressalvas afeta todos os processos pendentes de julgamento nas demais instâncias, que também deverão obedecer à limitação dos efeitos da inconstitucionalidade⁴⁹¹.

Quando da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, sobretudo nos casos em que tal decisão prejudicar os interesses dos contribuintes, obstando o direito à repetição de indébito, repristinando a norma anterior mais gravosa ou alterando jurisprudência consolidada, parece que a melhor solução a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal seria a ressalva dos casos já decididos e dos casos pendentes de julgamento, à semelhança do modelo austríaco⁴⁹².

⁴⁹⁰ A esse respeito, o Min. Sepúlveda Pertence afirmou que cabe ao Supremo Tribunal Federal “construir um sistema de convivência, de harmonização desses dois sistemas, no qual é fatal, dada a eficácia universal do controle abstrato, que este venha a predominar sobre o controle difuso...” Cf. Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADC 4 MC/DF, relator Min. Sydney Sanches, DJ de 21/05/1999, p. 2. Em julgado recente, quando do julgamento da ADC-MC 18, que discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento que o controle de constitucionalidade direto precede o controle difuso e concedeu a medida liminar para suspender os processos que versam sobre este assunto em trâmite. Cf. ADC-MC 18/DF, relator Min. Menezes Direito, DJe 23/10/2008.

⁴⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207-9.

⁴⁹² No modelo austríaco, a lei inconstitucional é, em regra, anulável com eficácia *ex nunc*. Entretanto admite-se, em alguns casos, a concessão de eficácia retroativa à decisão. Ao caso concreto que esteve na base do controle de constitucionalidade e aos casos pendentes de julgamento, a jurisprudência recente tem atribuído eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade, de modo a prestigiar o interesse das partes que impugnaram a lei inconstitucional. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 681-2; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13-5; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-5; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 121-2; CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 32-3.

Isto significa que a Fazenda Pública não poderia ajuizar ação rescisória contra julgados anteriores à decisão de inconstitucionalidade *ex nunc* proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que desconstituíram retroativamente os efeitos da lei inconstitucional.

De igual modo, parece razoável que o Supremo Tribunal Federal ressalve os casos pendentes de julgamento, quando da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, principalmente nos casos em que a decisão acarretar o óbice à repetição de indébito ou promover alteração jurisprudencial. Tal solução parece mais acertada, pois evitar-se-ia o esvaziamento do controle difuso e privilegiar-se-ia o interesse das partes que impugnaram a norma inconstitucional, antes mesmo da decisão do Supremo Tribunal Federal. Em adição, a eficácia *ex nunc* cumpriria o seu objetivo de evitar o ônus excessivo da Fazenda Pública e o gravame do Estado, ao impedir que os contribuintes, que permaneceram inertes até a decisão do Supremo Tribunal Federal, possam requerer a devolução do tributo.

Portanto, afigura-se mais condizente com o sistema misto de controle de constitucionalidade que o Supremo Tribunal Federal ressalve os casos pendentes de julgamento, quando da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária. Conseqüentemente, esta ressalva importaria no direito à repetição de indébito do tributo inconstitucional pelos contribuintes que ajuizaram a ação antes da decisão do Supremo Tribunal Federal. Tal modelo não afastaria o interesse no controle de constitucionalidade difuso, premiaria os contribuintes que se insurgiram contra a lei inconstitucional e, ainda, diminuiria a irresponsabilidade impositiva do Estado.

No julgamento do RE 556.664⁴⁹³, no qual ficou assentado que prescrição e decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, o Supremo Tribunal Federal julgou pela inconstitucionalidade

⁴⁹³ RE 556.664/RS, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe de 13/11/2008. Ressalta-se, inclusive, que a matéria discutida neste recurso extraordinário, na sessão plenária de 12/06/2008, foi convertida na súmula vinculante n. 8, com o seguinte teor: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, que tratam de prescrição e decadência do crédito tributário”.

dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei n. 1.569/77, que majoravam o prazo prescricional e decadencial das contribuições para a seguridade social, bem como estabeleciam critérios para a suspensão do prazo prescricional, por meio de lei ordinária.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal julgou pela inconstitucionalidade das referidas leis, porém, para preservação da segurança jurídica, modulou os efeitos da decisão de inconstitucionalidade nos seguintes termos: 1) a Fazenda está impedida de cobrar as contribuições sociais fora dos prazos de decadência e prescrição quinquenais, estabelecidos pelo Código Tributário Nacional; 2) são legítimos os recolhimentos efetuados conforme os prazos previstos nos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados até a conclusão do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal; e 3) estão ressalvadas as ações propostas pelos contribuintes ajuizadas antes da conclusão do julgamento.

Este julgado do Supremo Tribunal Federal corrobora o entendimento exposto no sentido de ressaltar os casos pendentes quando da atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, de modo a evitar-se o esvaziamento do controle difuso e privilegiar-se-ia o interesse das partes que impugnaram a norma inconstitucional antes mesmo da decisão do Supremo Tribunal Federal, além de, concomitantemente, evitar o ônus excessivo da Fazenda Pública e o gravame do Estado, ao impedir que os contribuintes, que permaneceram inertes até a decisão do Supremo Tribunal Federal, possam requerer a devolução do tributo.

CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, os atos inconstitucionais estão, em regra, sujeitos à nulidade absoluta, com a conseqüente desconstituição *ex tunc* de todos os seus efeitos, e, excepcionalmente, à anulabilidade ou nulidade mitigada, com eficácia *ex nunc* ou prospectiva.

A solução bipartida entre constitucionalidade e inconstitucionalidade absoluta, com a conseqüente nulidade retroativa, não é adequada para resolver algumas exigências da vida, que impõem a necessidade de uma solução conciliadora entre a constitucionalidade e a segurança jurídica e outros princípios protegidos constitucionalmente. Neste sentido, a inconstitucionalidade com efeitos retroativos é inapta para solucionar casos de ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão parcial e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade.

Para amenizar a decisão de nulidade absoluta com efeitos retroativos, surge, então, o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 como técnica de decisão alternativa, que veio a permitir que o Supremo Tribunal Federal limite os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, por maioria de dois terços dos Ministros, desde que para preservação da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Porém, tal dispositivo é controverso, sendo inclusive objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADINS 2.154 e 2.258, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, as argumentações acerca da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 não parecem procedentes.

O artigo 27 tem natureza estritamente interpretativa limitando-se a “explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade”⁴⁹⁴, pois “a limitação de efeito é um apanágio do controle

⁴⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 509.

judicial de constitucionalidade”⁴⁹⁵ e decorre da interpretação sistemática da ordem constitucional.

Com efeito, o artigo 27 da Lei 9.868/99 não tem natureza constitutiva, pois não foi tal dispositivo que introduziu a possibilidade do Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. De fato, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade já vinha sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos, mesmo antes da Lei 9.868/99.

O artigo 27 da Lei 9.868/99 não alterou o regramento do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais determinando em quais situações deve-se ou não aplicar os efeitos retroativos ou limitados, nem o processo de ponderação, deixando por conta do Supremo Tribunal Federal o julgamento da questão.

Como já afirmado anteriormente, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma competência que decorre da própria aplicação sistemática do ordenamento jurídico e a sua utilização está vinculada à Constituição e a salvaguarda da segurança jurídica ou de outro interesse protegido constitucionalmente enquadrado no excepcional interesse social.

A competência do Supremo Tribunal Federal em restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não derivou diretamente do artigo 27 da Lei 9.868/99. De fato, a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade decorre do princípio da segurança jurídica ou da preservação de algum princípio ou interesse constitucional. Logo, mesmo que inexistisse o artigo 27 da Lei 9.868/99, ainda assim poderia o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade⁴⁹⁶.

A necessidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade surge da colisão ou concorrência entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional com outros princípios constitucionais. Assim, a solução de tal problema deve ser buscada por meio de uma ponderação e

⁴⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 322 e 332.

⁴⁹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 65.

harmonização dos princípios em conflito, por onde se chegará a prevalência de um em relação ao outro, no caso concreto⁴⁹⁷.

É o próprio princípio da constitucionalidade em sentido amplo que exige a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. O princípio da constitucionalidade, apesar de exigir o afastamento efetivo e mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com a otimização parcial da norma constitucional violada sem considerar o restante das disposições constitucionais. O princípio da unidade da Constituição exige uma concordância prática entre os diferentes interesses protegidos constitucionalmente, impondo, dessa forma, que em alguns casos os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sejam restringidos⁴⁹⁸.

Com razão, a concessão de eficácia *ex nunc* ou prospectiva às decisões de inconstitucionalidade não implica a revogação temporária da Constituição por leis infraconstitucionais, pois o que ocorre, na realidade, é a prevalência, no caso concreto e após um juízo de ponderação, de um princípio constitucional em detrimento do princípio da nulidade da lei inconstitucional ou do princípio da constitucionalidade. Assim, em última análise, a preservação de efeitos ou a concessão de efeitos temporários a um ato inconstitucional é exigência da própria Constituição⁴⁹⁹.

Outra objeção à constitucionalidade do artigo 27 consiste na necessidade da restrição dos efeitos da decisão inconstitucionalidade ser veiculada por emenda constitucional. Tal argumentação também se mostra improcedente, pois a possibilidade de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma competência do Supremo Tribunal Federal que

⁴⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1229 -33. Carlos Roberto Siqueira Castro entende que a eficácia retroativa é mera opção política do Supremo Tribunal Federal e não um princípio de índole constitucional. Por conseguinte, em razão de inexistir qualquer disposição na Constituição estabelecendo os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal poderia evoluir e atualizar a sua jurisprudência, de modo a limitar os efeitos da inconstitucionalidade. Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 88-9.

⁴⁹⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711-3.

⁴⁹⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 351.

decorre da própria Constituição⁵⁰⁰. Assim, o artigo 27 não introduz qualquer mudança na Constituição, não sendo necessário, portanto, emenda constitucional para regular o procedimento da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Ainda, alega-se a inconstitucionalidade do artigo 27, pois a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade é prerrogativa do Supremo Tribunal Federal e ao restringir o campo de atuação do Judiciário por lei ordinária, o dispositivo padece de inconstitucionalidade⁵⁰¹. Esta alegação também não merece prosperar, pois o artigo 27 da Lei 9.868/99 ao condicionar a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, além de exigir um quorum qualificado de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, reforça o caráter excepcional da limitação de efeitos e está em conformidade com o princípio, de hierarquia constitucional, da nulidade da lei inconstitucional⁵⁰² e com o princípio da constitucionalidade.

O último óbice à constitucionalidade do artigo 27 diz respeito a impossibilidade da lei inconstitucional continuar a produzir efeitos após a decisão de inconstitucionalidade, pois isso importaria numa derrogação ou suspensão temporária da Constituição⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes afirma que “a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 322 e 332. Zavascki afirma que se a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é função típica de juiz. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49 e 50. Também Paulo Roberto Lyrio Pimenta argumenta que a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade está implicitamente admitida na própria Constituição.

⁵⁰¹ FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 216-8.

⁵⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1200; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24. A doutrina portuguesa, em sua maioria, também atribui hierarquia constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 538.

⁵⁰³ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 186 e 187; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 290 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 989 e nota 37.

Tal alegação também não é procedente, pois a limitação de efeitos *in futuro* é aferida a partir da própria Constituição. Não há qualquer mácula ao princípio da primazia da Constituição. São razões estritamente constitucionais que impõem que, em casos excepcionais, devem-se diferir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para uma data posterior à publicação da decisão.

Há casos em que a limitação de efeitos *in futuro* é a única solução adequada para a proteção de interesses constitucionais, sendo, inclusive, o único meio de não sacrificar excessivamente tais interesses. Em alguns casos, mesmo a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, pode gerar conseqüências graves. Então, necessário afirmar-se, mais uma vez, que é o próprio princípio da constitucionalidade que impõe a manutenção da lei inconstitucional temporariamente em vigor⁵⁰⁴.

A limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade também se mostra plenamente aplicável em Direito Tributário. Há de se admitir a possibilidade de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, pois o Direito Tributário não se diferencia dos demais ramos do Direito e está, por óbvio, submetido à Constituição Federal.

Como já afirmado, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma competência que decorre da própria aplicação sistemática do ordenamento jurídico e a sua utilização está vinculada à Constituição e a salvaguarda da segurança jurídica ou de outro interesse protegido constitucionalmente. Logo, como é o próprio ordenamento constitucional que impõe a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para salvaguardar princípios e interesses constitucionais⁵⁰⁵, é certo que a mesma regra é aplicada às questões tributárias.

Igualmente, há de se admitir a concessão de efeitos futuros à norma tributária inconstitucional. Ressalva-se, porém, que tal medida é de caráter absolutamente excepcional e deve ser minimizada para a salvaguarda de

⁵⁰⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 726. V

⁵⁰⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 711-3.

outros interesses de estatura constitucional e para a preservação da ordem constitucional como um todo. Há de se limitar a casos extremos a utilização de tal medida, tendo em vista a ampla proteção e as garantias fundamentais conferidas aos contribuintes pela Constituição Federal.

Afigura-se razoável a atribuição de efeitos futuros à norma impositiva tributária inconstitucional somente nos casos onde a continuidade do Estado esteja sob grave risco, de tal modo que não seja possível aguardar-se a elaboração de novo regramento em conformidade com a Constituição. Ainda assim, a eficácia futura da lei inconstitucional deve ser minimizada estritamente ao prazo necessário para elaboração e aprovação de nova lei constitucional.

Portanto, deve admitir-se a limitação dos efeitos da decisão da inconstitucionalidade em questões tributárias tanto nos casos em que a eficácia *ex nunc* for desfavorável aos interesses à Fazenda como aos interesses contribuintes.

Não se pode, liminarmente, afirmar que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade da norma impositiva tributária ofende aos direitos fundamentais dos contribuintes, pois não existem direitos ou princípios absolutos em nosso ordenamento jurídico. Por conseguinte, os direitos fundamentais dos contribuintes podem colidir ou entrar em concorrência com outros princípios constitucionais, como a conservação e sobrevivência do Estado, e a solução de tal problema deve ser buscada por meio de uma ponderação e harmonização dos princípios em conflito, por onde se chegará a prevalência de um em relação ao outro no caso concreto⁵⁰⁶.

Contudo, não se deve olvidar que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária deve ser cercada de maiores cuidados⁵⁰⁷, pois há de entrar no processo de ponderação os direitos fundamentais dos contribuintes e a própria continuidade e sobrevivência do Estado, que é custeado, primordialmente, por meio da instituição e arrecadação de tributos.

⁵⁰⁶ ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 47-51.

⁵⁰⁷ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 722.

A atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, mesmo que signifique um óbice ao direito de repetição de indébito, não ofenderá aos direitos fundamentais dos contribuintes se tal decisão for utilizada para preservar um direito ou um princípio constitucional.

Pode-se afirmar até que há uma preponderância axiológica do princípio da constitucionalidade, da supremacia da Constituição, do princípio da nulidade da lei inconstitucional, do princípio da legalidade tributária e da proteção aos contribuintes, que, como regra, acarretará a atribuição de eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária e, por conseguinte, o direito à repetição de indébito do tributo inconstitucional⁵⁰⁸.

Contudo, no caso concreto, podem ser restritos os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que para a preservação de algum princípio ou interesse constitucional, que possa vir a ser sacrificado excessivamente pela eficácia retroativa da decisão.

Ressalta-se que, para a atribuição de eficácia *ex nunc* à lei inconstitucional, é exigido um ônus argumentativo maior, demonstrando a necessidade de tal medida pelo sacrifício desproporcional de um interesse constitucional⁵⁰⁹.

Por fim, acerca da convivência entre o controle de constitucionalidade difuso e concentrado parece razoável que o Supremo Tribunal Federal ressalve os casos pendentes de julgamento no controle difuso, quando da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma impositiva tributária, principalmente nos casos em que a decisão do controle direto acarretar o óbice à repetição de indébito. Tal solução parece mais acertada, pois se evitaria o esvaziamento do controle difuso e privilegiar-se-ia o interesse das partes que impugnaram a norma inconstitucional, antes mesmo da decisão do Supremo Tribunal Federal. Em adição, a eficácia *ex nunc* cumpriria o seu objetivo de evitar o ônus excessivo da Fazenda Pública e o gravame do Estado, ao impedir

⁵⁰⁸ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36; FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259.

⁵⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36; FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 259.

que os contribuintes, que permaneceram inertes até a decisão do Supremo Tribunal Federal, possam requerer a devolução do tributo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *The Failure or the Founding Fathers*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Modulação de efeitos temporais, no caso da Cofins, pode se dar por maioria absoluta*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=72138. Acesso em 5/12/2008.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 4. t. III. São Paulo: Saraiva, 1997.

BELAUNDE, Domingo García. *Derecho procesal constitucional*. Trujillo: Universidad Cesar Vallejo, 1998.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2 ed. New Haven: Yale University Press.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas"). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

_____. *La acción abstracta de constitucionalidad*. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In: *Direito Público*. Porto Alegre. n. 8, 2005.

_____. *Vale quanto pode: A força jurídica da Constituição como pressuposto elementar do constitucionalismo atual*. Clubjus, Brasília-DF: 31 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?content=2.6479>>. Acesso em: 17 abr. 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A lei n. 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade da fiscalização em direito tributário. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 59. São Paulo: Dialética, 2000.

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

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. vol 1. Rio de Janeiro: Freitas de Bastos, 1956.

CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review*. Gloucester: Peter Smith, 1963.

DIAS, Eduardo da Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 55. São Paulo: Dialética, 2000.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do direito constitucional brasileiro. In: *Revista Esmafe*. n. 3. Recife: Escola de Magistratura Federal da 5º Região, 2002.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. La jurisdicción constitucional en El Peru: características, problemas y propuestas para su reforma. In: *La Constitución y su defensa*. coord. BELAUNDE, Domingo García. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003.

_____. Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad. In: *Tribunales y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76 São Paulo: AASP, 2004

_____. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999). In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 5. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIELD, Oliver P. *The Effect of an unconstitutional statute*. Washington, D.C.: Beard Books, 1999.

FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

_____. Justicia Constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Direito Público*. v. 22. n. 92.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica – Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2001.

GRECO, Marco Aurélio e PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição de indébito*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. In: *Revista de Direito do Estado*. n. 4, out/dez 2006.

GROPPI, Tania. A justiça constitucional em Itália. In: *Revista Subjudice*. n. 20/21. janeiro/junho de 2001.

HAMILTON, Alexander. JAY, John e MADISON, James. *The federalist*. New York: The modern library, 2001.

HARO, Ricardo. La acción declarativa de inconstitucionalidad. In: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. coord. VEGA GÓMES, Juan e CORZO SOSA, Edgar. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes., 1998.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Notas sobre o controle da constitucionalidade no Brasil. In: *Justicia constitucional comparada*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 27. abr./jun. São Paulo, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 ed. Barcelona:Ariel, 1976.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*.v. 4. t. III. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Controle Concentrado de inconstitucionalidade. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 1. abril 2003. São Paulo:Dialética, 2003.

_____. Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade. In: *Revista do Advogado*. n. 73. São Paulo: AASP, 2003.

_____. Efeito prospectivo de decisões da Suprema Corte sobre matéria constitucional – Sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso – Parecer. In: *Revista Forense*. jan./fev. 2007. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Elementos para uma teoria do processo objetivo de defesa da Constituição*. In: FÉRES, Marcelo Andrade e CARVALHO, Paulo Gustavo M. *Processo nos Tribunais Superiores*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva,2005.

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo - estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE n. 122.202. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. ano 2. n. 1. jan/jun 1994. Brasília, 1994.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

_____. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1968.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional Português: a “fiscalização concreta” no quadro de um sistema misto de Justiça Constitucional. In: *Direito Público*. n. 3. jan.-fev.-mar./2004. São Paulo: Síntese, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

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

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005.

OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional. Uma perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson S.L., 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. v. II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

PONTES, Helenilson Cunha e GRECO, Marco Aurélio. *Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição de indébito*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. IV. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. t. VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional? In: *Revista Subjudice*. n. 20/21. janeiro/junho de 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Constitutional theory*. Durhan and London: Duke University Press, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. MARTINS, Leonardo. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

SHAPIRO, Martin e SWEET, Alec Stone. *Abstract and concrete review in the United States*. Disponível em www.oxfordscholarship.com.

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescência de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Revista de Direito Público*. n 02 (out-nov-dez/2003).

_____. *Estudios jurídico-constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. Defesa de la Constitución em Espana. In: *La actualidad de la defensa de la Constitución*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

SIERRA, Raul Bocanegra. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1982.

SILVA, José Afonso da. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. In: *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 6. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.

TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. vol. 1. New York: Foundation Press, 2000.

TUSHNET, Mark. Democracy versus judicial review. In: *Dissent Magazine*. Spring 2005. Disponível em: www.dissentmagazine.org. Acesso em 25/08/2008.

_____. *Taking Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 29. São Paulo: Malheiros, 2000.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/1999*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977.

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