

**ANA ANGÉLICA SANTANA ANTÓN**

**A modulação temporal dos efeitos da declaração de  
inconstitucionalidade por ação e o artigo 27 da Lei  
9.868/1999**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional sob a orientação do Professor Inocêncio Mártires Coelho.

**Brasília**

**2007**

ANA ANGÉLICA SANTANA ANTÓN

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E O ARTIGO 27 DA LEI**

**9.868/1999**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional sob a orientação do Professor Inocêncio Mártires Coelho.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção\_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora:**

---

Presidente: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

---

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

---

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence



## RESUMO

ANTÓN, Ana Angélica Santana. *A modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por ação e o artigo 27 da Lei 9.868/1999*. 2007. N° de folhas f. Monografia (especialização em direito constitucional) – Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2007.

Pesquisa sobre a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por ação, relacionada com o artigo 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, no que diz respeito aos requisitos materiais para se proceder à dita modulação (segurança jurídica e excepcional interesse social), bem como no que tange ao momento em que é eficaz a declaração de inconstitucionalidade quando da aplicação desse artigo (eficácia *ex nunc, pro futuro* ou a partir de outro momento fixado entre o início de vigência da lei e a publicação da sentença que declarou a inconstitucionalidade da norma). Também se analisa o debate acerca da constitucionalidade ou não desse dispositivo legal, a teoria da nulidade e anulabilidade da lei inconstitucional e sua aplicabilidade no direito brasileiro, a idéia de supremacia constitucional, conceito e classificações de inconstitucionalidade e a evolução do controle de constitucionalidade no direito pátrio. Para tanto, foram coletados e analisados artigos, livros bem como decisões e votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, dos quais se depreendem as conclusões alcançadas neste estudo.

Palavras-chave: inconstitucionalidade, 27, 9.868/1999, ação direta de inconstitucionalidade, modulação, efeitos.

## ABSTRACT

ANTÓN, Ana Angélica Santana. *The temporal modulation of the effects of the unconstitutionality declaration through action and the article 27 of the Law 9.868/1999*. 2007. X pages. Monograph (major in constitutional law) – *Lato sensu* Post Graduation in Constitutional Law, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2007.

Research about the temporal modulation of the effects of the unconstitutionality declaration through action, related with the article 27 of the Law 9.868 (November 10, 1999), concerning the material requirements to proceed with the aforesaid modulation (juridical safety and exceptional social interest), as well as in what it is related to the moment in which the unconstitutionality declaration is effective when this article is applied (*ex nunc, pro futuro* effectiveness or starting from another moment set between the beginning of validity of the law and the publication of the sentence which declared the unconstitutionality of the norm). There is also the analyzes of the debate concerning the constitutionality or not of this legal device, the theory of the nullity and null rendering of the unconstitutional law and its applicability to the Brazilian legal system, the idea of constitutional supremacy, unconstitutionality concept and classifications and the evolution of the constitutionality control in the domestic law. For that, articles and books were collected and analyzed, as well as decisions and votes uttered by the Ministers of the Supreme Court, from which the conclusions reached in this study are inferred.

Word-key: unconstitutionality, 27, 9.868/1999, direct action of unconstitutionality, modulation, effects.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	6
<b>Capítulo 1 - Noções sobre o sistema de controle de constitucionalidade pátrio</b>	8
1.1 Constituição e sua supremacia	8
1.2 Conceito de inconstitucionalidade e suas classificações	11
1.3 O controle de constitucionalidade concentrado e a evolução do modelo de declaração de inconstitucionalidade no Brasil	14
<b>Capítulo 2 - Nulidade e anulabilidade da norma inconstitucional e o modelo adotado no direito brasileiro</b>	18
2.1 A anulabilidade da lei inconstitucional	19
2.2 A nulidade da lei inconstitucional	24
2.3 Modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro	34
<b>Capítulo 3 - O artigo 27 da Lei 9.868/99 e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade</b>	43
3.1 A lei nº 9.868/1999	43
3.2 Opiniões acerca da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99	45
3.3 Fixação dos limites temporais da eficácia da decisão de inconstitucionalidade	48
<b>CONCLUSÃO</b>	53
<b>REFERÊNCIAS</b>	56

## INTRODUÇÃO

O estudo do controle de constitucionalidade das leis no Brasil mostra-se rico em termos de controvérsias e questões a serem discutidas. Diversas são as posições doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas a esse respeito, tornando o estudo do assunto em foco ainda mais interessante.

Nesse diapasão, pretende-se neste trabalho analisar um dos pontos deste debate: a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por ação, relacionada com o artigo 27 da Lei 9.868/1999. Assim, não se cogita a verificação de todas as formas de fiscalização de constitucionalidade existentes no direito pátrio nem se analisam outras formas de manifestação da inconstitucionalidade de uma norma, como nos casos em que ela ocorre por omissão do legislador. Tais pontos serão abordados apenas quando se fizerem necessários ao entendimento da questão central.

A estrutura do trabalho está dividida em três partes: na primeira, mostram-se definições do que seria uma Constituição e a supremacia que ela teria no ordenamento jurídico. Também se aborda o conceito de inconstitucionalidade e suas diversas classificações, além de se fazer uma breve abordagem do histórico do controle de constitucionalidade brasileiro, destacando-se a forma concentrada.

Na segunda parte, o enfoque está nas teorias acerca da nulidade e anulabilidade da lei inconstitucional, analisando-se seu tratamento nos países em que foram inicialmente desenvolvidas (Estados Unidos e Áustria, respectivamente) bem como sua evolução em outros países, tais como Portugal e Alemanha. Estuda-se ainda o modelo adotado no direito pátrio (nulidade da lei inconstitucional) e a tendência no Brasil de se mitigar os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.

Apesar de os pontos acima elencados não serem objeto final deste estudo, sua análise faz-se relevante para seu entendimento, observado este na terceira parte da monografia, qual seja, o artigo 27 da lei 9.868/99 e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Para tanto, fez-se breve abordagem sobre dita lei, as opiniões acerca da inconstitucionalidade do aludido artigo 27, as idéias acerca de sua constitucionalidade, os requisitos materiais para aplicação do dispositivo legal em tela e o momento em que passa a ser eficaz a declaração de inconstitucionalidade quando da aplicação deste artigo (eficácia *ex nunc*, *pro futuro* ou a partir de outro instante determinado entre o início de vigência da lei e a publicação da sentença que declarou a inconstitucionalidade da norma), com base nos preceitos trazidos por lei (9.868/99), doutrina e jurisprudência.

Não se intenta no presente trabalho esgotar o estudo sobre a mencionada questão, muito menos assumir uma corrente de entendimento como absolutamente verdadeira e única, mas sim produzir a reflexão sobre o problema, que traz em seu bojo as mais diversas opiniões no meio jurídico brasileiro.

## Capítulo 1

# NOÇÕES SOBRE O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PÁTRIO

### 1.1 Constituição e sua supremacia

Vários são os conceitos que se podem atribuir à Constituição, os quais se alteram de acordo com as mais diversas correntes doutrinárias, o que torna árdua a tarefa de a definir<sup>1</sup>. Tem-se que a Constituição já foi compreendida como mero instrumento de limitação do Estado, sendo que suas disposições eram voltadas para os Poderes, em especial o Executivo e o Legislativo. Não vinculavam o Judiciário nem o cidadão que não podia, em tese, fundamentar sua pretensão perante o magistrado valendo-se de preceitos constitucionais<sup>2</sup>.

Atualmente, as Constituições seriam entendidas como documentos normativos do Estado e, ademais, da sociedade. Representa a Constituição um momento de redefinição das relações políticas e sociais geradas no âmbito de determinada formação social. Não se restringe a regular o exercício do poder, mas também determina diretrizes para o Estado e aponta o sentido da ação deste, bem como sua relação com os entes da sociedade. A Constituição vincula, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Seria ainda a Constituição o grande espaço da luta jurídico-política, pois a luta que se trava na Assembléia Constituinte, após a elaboração da Carta Magna, transfere-se para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Ademais, estaria configurada a Constituição como regra fundamental<sup>3 4</sup>.

---

<sup>1</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 17-18.

<sup>2</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

<sup>3</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 22-24.



Com efeito, vivendo o homem em sociedade, suas ações estão submetidas a um conjunto de regras, as quais se encontram escalonadas sistematicamente, de tal maneira que, em determinado ordenamento jurídico, não possuem todas elas o mesmo valor, sendo constituída assim uma hierarquia dentro de dito ordenamento<sup>5</sup>.

Nesse sentido, a Constituição de um Estado também é entendida, conforme dito acima, como a norma fundamental, pois nela é que se busca a validade das normas existentes em determinado ordenamento jurídico. Hans Kelsen, para esclarecer essa afirmativa, lança mão da figura de uma pirâmide para mostrar os diferentes patamares normativos bem como o fundamento de validade do sistema jurídico estatal<sup>6</sup>.

Para ele, o Direito seria uma ordem normativa, que deveria se assentar sob uma norma fundamental, pois o fundamento de validade de uma determinada norma apenas poderia ser a validade de outra superior. Esta seria a Constituição, que deveria ser entendida em dois sentidos: no sentido lógico-jurídico e lógico-positivo<sup>7</sup>.

Em sentido lógico-positivo, a constituição representaria o patamar do Direito positivado mais elevado, seria a norma jurídica (ou o conjunto de normas jurídicas) que regula a produção das demais. Já em sentido lógico-jurídico, a Constituição seria a norma fundamental hipotética, dado que, como norma mais elevada, deveria ser ela pressuposta, não

---

<sup>4</sup> Oswaldo Palu define a Constituição como um sistema de normas que regula a forma do Estado, de governo, o modo de aquisição e exercício do poder e seus limites, assim como os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23. Por seu turno, Jorge Miranda assim a conceitua: “Assim, antes de mais nada, enquanto parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e factor de integração política. Ela reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e dos grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente ora de conservação, ora de transformação. Porém, por ser Constituição, Lei fundamental, Lei das leis, revela-se mais do que isso. Vem a ser a expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, a sede da idéia de Direito nela triunfante, o quadro de referência do poder político que se pretende ao serviço desta idéia, o instrumento último da reivindicação da segurança dos cidadãos frente ao poder. E, radicada na soberania do Estado, torna-se também ponte entre sua ordem interna e a ordem internacional.” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2, pp. 67-68.

<sup>5</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

<sup>6</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2, p. 55.

poderia ser imposta por uma autoridade, cuja competência deveria estar baseada numa norma ainda mais elevada<sup>8 9</sup>.

Anote-se que supremacia da Constituição, ou seja, o fato de ela se colocar no topo da hierarquia das leis inseridas em determinado ordenamento jurídico e que desta forma os demais atos normativos devem enquadrar-se a ela, sob pena de serem reputados nulos, relaciona-se com a maior dificuldade de alteração de seu texto do que os das demais normas jurídicas, ou seja, com a sua rigidez<sup>10</sup>.

A rigidez constitucional permite a distinção entre as obras do Poder Constituinte e a do legislador, sendo que o trabalho deste, encontrando seu parâmetro de validade naquela, não pode atingi-la. Existe, portanto, uma relação hierárquica entre ditas obras. Apesar de a supremacia constitucional ser dependente da rigidez constitucional, esta não seria capaz, por si só, de assegurar dita supremacia, sendo também fundamental a compreensão da necessidade de defesa permanente dos valores e princípios adotados pelo Poder Constituinte<sup>11</sup>.

Nesse contexto, a forma mais importante de manutenção da Constituição como Lei Maior é a de controle de constitucionalidade das leis hierarquicamente inferiores (quando prevista expressamente em seu bojo a possibilidade de órgãos a exercerem), sendo fundamental que se censurem os atos normativos do Poder Público que violem os ditames constitucionais (atos inconstitucionais)<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2, p. 55.

<sup>9</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976. Clèmerson Merlin Clève esclarece ainda que o entendimento da Constituição como norma fundamental não precisa ser necessariamente ligado à idéia normativista de Kelsen. Conquanto o Mestre de Viena tivesse formulado o discurso mais completo acerca do escalonamento hierárquico das normas jurídicas, nem por isso o reconhecimento do escalonamento das normas jurídicas importa pronta concordância com seus postulados formalistas, já que a história ocidental há muito tempo reconhece a existência de leis superiores, embora recentemente tenha atribuído efeitos jurídicos a essa circunstância. A supremacia constitucional decorreria mais da concepção histórica progressivamente agregada à consciência jurídica da civilização ocidental do que de postulados teóricos. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp. 267-268.

<sup>11</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 32-33.

<sup>12</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 34-35.



## 1.2 Conceito de inconstitucionalidade e suas classificações

Segundo Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade designariam conceitos de relação. A relação que se estabelece entre um objeto – A Constituição e outro –, um comportamento, que está ou não conforme a ela, que tem ou não na Constituição a sua base. Tais conceitos resultariam do confronto de uma norma ou ato com a Constituição, de atributos que um comportamento recebe em face de uma norma constitucional. Entretanto, alerta o mestre que não se trata de relação de mero caráter lógico ou intelectual, mas de caráter normativo ou valorativo. Não estaria em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra, mas o cumprimento ou não de uma norma jurídica<sup>13</sup>.

Ademais, não seria qualquer desconformidade com a Constituição que levaria à noção de inconstitucionalidade, mas o descumprimento de seus preceitos por parte do Estado<sup>14</sup>. Não se pode dizer que os atos de particulares em suas relações privadas ou em suas relações jurídico-públicas, quando em descompasso com o texto constitucional, são inconstitucionais, pois, conquanto tais violações possam ser relevantes para o Direito Constitucional, as sanções nesse caso serão de outra ordem, diversas daquelas a que estão sujeitas as leis e outros atos estatais<sup>15</sup>.

Sob essa égide, várias podem ser as modalidades de manifestação da inconstitucionalidade, sendo que algumas merecem destaque.

A inconstitucionalidade pode ser formal e material. A primeira possibilidade a se considerar quanto ao vício de forma é a de inconstitucionalidade orgânica, que diz respeito à inobservância das regras de competência para edição do ato; por sua vez, há inconstitucionalidade formal propriamente dita se uma espécie normativa for produzida em

---

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. 6, pp. 7-8.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. 6, p. 8.

<sup>15</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65.

desconformidade com o processo legislativo próprio<sup>16</sup>. De outra banda, ocorre a inconstitucionalidade material quando há incompatibilidade entre o conteúdo da norma e o da Carta Magna, podendo também ocorrer esse tipo de inconstitucionalidade quando o dispositivo legal, embora disciplinando matéria que a Constituinte deixou para ser tratada pelo legislador, tenha sido editado para não realizar os fins constitucionais ou quando sido editado para realizar as finalidades dispostas na Constituição, fá-lo de modo não razoável ou desproporcional<sup>17</sup>.

A inconstitucionalidade também se dá por ação ou por omissão. Diz-se que ocorre inconstitucionalidade por ação (que é a categoria de inconstitucionalidade ligada ao objeto deste trabalho) quando os atos legislativos são incompatíveis com o texto constitucional<sup>18</sup>. Já a inconstitucionalidade por omissão é aquela em que o legislador ou administrador omite-se ou deixa de praticar em tempo oportuno algum ato exigido pela Constituição<sup>19</sup>, sendo que, se o dever constitucional de legislar for cumprido de forma parcial ou não cumprido, ter-se-á a omissão parcial<sup>20</sup> ou total, respectivamente<sup>21</sup>.

Tem-se ainda que a inconstitucionalidade pode ser total ou parcial; ocorrerá a primeira hipótese quando a inconstitucionalidade macular a íntegra do diploma legal impugnado, e a segunda quando se der sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles. Como regra<sup>22</sup>, será total a inconstitucionalidade por vício formal, e a material pode

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 25-26.

<sup>17</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31.

<sup>19</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*: conceito, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 68.

<sup>20</sup> Luís Roberto Barroso classifica ainda a omissão parcial em duas formas: a omissão relativa, que se dá quando a lei exclui de seu campo de abrangência categoria que nela deveria estar inserida, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia, e a omissão parcial propriamente dita, na qual o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente em relação à obrigação a ele imposta, sendo exemplo dessa situação a fixação do salário mínimo em valor insuficiente para as exigências constitucionais, como o atendimento das necessidades básicas do trabalhador com moradia, saúde, educação etc. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 36-37.

<sup>21</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53.

<sup>22</sup> A doutrina aponta como exemplo de situação em que não se observam as disposições constitucionais que regulam procedimento ou competências (inconstitucionalidade formal) e que ocorre a inconstitucionalidade parcial: uma lei federal, de iniciativa presidencial, regularmente votada e sancionada, mas que em alguns de seus

macular todo o diploma legal ou parte dele. Diz-se ainda que a inconstitucionalidade pode ser originária quando o texto legal, no momento de seu ingresso no mundo jurídico é incompatível com o texto constitucional vigente e superveniente à inconstitucionalidade que se dá em momento posterior: uma norma é constitucional no momento de sua edição e entra em conflito com o texto de uma nova constituição ou de uma emenda. Não existiria no ordenamento jurídico pátrio a inconstitucionalidade formal superveniente – a lei anterior continuará a valer e passará a ter o *status* da espécie normativa determinada para aquele assunto pela nova disposição constitucional, nem a inconstitucionalidade material superveniente, já que a questão resolver-se-ia em revogação da norma anterior<sup>23</sup>.

Pode-se também classificar a inconstitucionalidade como antecedente (ou imediata), que decorre da violação do texto constitucional, conforme o próprio nome diz, de forma direta e imediata e como conseqüente ou derivada, que decorre de um efeito da inconstitucionalidade antecedente. Assim, se uma lei é inconstitucional, o decreto que a regulamentou também o será<sup>24</sup>. Contudo, alerta a doutrina<sup>25</sup> que não se deve confundir com a inconstitucionalidade oblíqua ou reflexa, que impede o controle de constitucionalidade e que é aquela em que a norma inferior ultrapassa o conteúdo da norma superior (mas não a Constituição), resultando em juízo de ilegalidade (e não de inconstitucionalidade), ainda que possa obliquamente atingir a Lei Maior.

---

dispositivos se observa a invasão de competência legislativa determinada a um Estado-Membro ou Município. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 48.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

<sup>24</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

<sup>25</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

### 1.3 O controle de constitucionalidade concentrado e a evolução do modelo de declaração de inconstitucionalidade no Brasil

Conforme dito anteriormente, o controle de constitucionalidade é considerado o principal instrumento para se garantir a supremacia da Constituição.

Dentre suas várias classificações<sup>26</sup>, tem-se a forma difusa, em que vários órgãos o exercem, e a concentrada, na qual a fiscalização constitucional é monopolizada por um ou poucos componentes do Poder Judiciário. No Brasil, hoje as duas formas são aplicáveis (e essa forma de aplicação dos dois modos de controle seria chamada de mista)<sup>27</sup>. Contudo nem sempre esses sistemas conviveram juntos no ordenamento jurídico pátrio.

Enquanto o controle difuso fora instituído pela Carta Política de 1891<sup>28</sup>, a forma abstrata de fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos federais (que terá maior enfoque, dado o objeto deste trabalho) foi instituída pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965, que modificou o artigo 101, item I, alínea *k*, da Carta Política de 1946, ao acrescentar ao rol de competências do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar representação<sup>29</sup> contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, diferentemente do que vinha sendo praticado antes de sua edição no direito brasileiro<sup>30</sup>. Considera-se uma novidade no sistema de aferição da constitucionalidade das leis e atos normativos, visto que até aquele momento, a declaração de inconstitucionalidade

---

<sup>26</sup> Como, por exemplo, a natureza do órgão exercente (política ou jurisdicional), momento de sua realização (fiscalização preventiva e repressiva) etc.

<sup>27</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 75.

<sup>28</sup> Observe-se que o controle difuso já estava consagrado na Constituição Provisória de 1890 no artigo 58, § 1.º *a* e *b*. No mesmo ano, o Decreto n. 848 estabeleceu em seu artigo 3.º o princípio de que a guarda da Constituição Federal só seria feita pela Magistratura Federal mediante provocação da parte, e em espécie. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 156.

<sup>29</sup> A representação de inconstitucionalidade não se confunde com a representação interventiva, que consistia em forma de resolução de conflito federativo entre a União e Estado-Membro, quando este violava princípio constitucional sensível. Já a representação de inconstitucionalidade era genérica e visava à aferição da compatibilidade de um dispositivo legal com a Carta Magna. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

<sup>30</sup> Pela supracitada emenda, também foi facultado ao legislador estadual estabelecer processo de competência dos Tribunais de Justiça para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal que conflitasse com Constituição do Estado (artigo 124, XIII, da Carta Magna de 1946).

restringia-se ao caso concreto, sem alcance *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade normativa<sup>31</sup>. A partir de tal modificação na Carta Magna, passou a ser possível aferir-se a constitucionalidade de uma lei por uma ação voltada exclusivamente para tal mister, sem necessidade de tal questão estar envolvida na via incidental<sup>32</sup>.

Na evolução do controle de constitucionalidade, verifica-se que a Constituição Federal de 1967 manteve a forma difusa e abstrata (conforme introduzido pela Emenda n. 16/65) sem maiores mudanças em relação à Carta de 1946. A representação interventiva passou a assegurar não apenas a observância dos princípios constitucionais sensíveis mas também a execução de lei federal, e a competência para suspender o ato estadual passou do Poder Legislativo para o Presidente da República<sup>33</sup>. Entretanto não foi incorporada a permissão, trazida a lume pela Emenda n. 16/65, para criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados quanto ao controle de leis ou atos municipais conflitantes com as Constituições Estaduais respectivas<sup>34</sup>. Na Emenda n. 1/69, a alteração no sistema de controle constitucional deu-se ao admitir de modo expresse a instituição pelos estados da representação interventiva para promover a fiscalização de constitucionalidade da lei municipal em vista da Constituição Estadual<sup>35</sup>.

Com a Emenda n. 7/77, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal competência para interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo, conforme redação do artigo 119, I, XXX, I da Constituição de 1967/69, que determinava ser atribuição da Suprema Corte julgar a “(...) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal e estadual”. Outra novidade, nascida com a emenda dos anos setenta, foi a previsão no texto constitucional de possibilidade de concessão

---

<sup>31</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980, pp. 197-198.

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 298.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 192.

<sup>34</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n.º 9.868/99 de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.44.

<sup>35</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.



de medida cautelar requerida pelo chefe do Ministério Público Federal quando das representações por ele encaminhadas<sup>3637</sup>.

Em 1988, com o nascimento de uma nova Constituição, também se manteve a declaração de inconstitucionalidade por via de defesa ou exceção e por ação direta de inconstitucionalidade. Houve alterações no modelo de controle concentrado de constitucionalidade, com aperfeiçoamento deste e alcance de sua maior efetividade<sup>38</sup>.

O rol de legitimados à propositura da ação direta, foi ampliado consideravelmente: manteve-se nele o Procurador-Geral da República e se incluiu o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, as Mesas de Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, conforme artigo 103, I a IX da Carta Política. Manteve-se a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (102, I, *p* da Carta Política vigente) bem como a ação direta interventiva, de acordo com os artigos 34 e 36, com competência privativa do Presidente da República para sua decretação e execução. Ficou também estabelecido que o Advogado-Geral da União seria citado nas ações diretas de inconstitucionalidade em tese para defesa do ato impugnado. Além disso, foi suprimida a possibilidade de o Pretório Excelso julgar representações de inconstitucionalidade com fins de interpretação e incluída a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, 102, parágrafo único)<sup>39</sup>.

Ademais, incluiu-se a possibilidade de instituição pelos Estados-Membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade em tese de ato normativo estadual ou municipal em face da constituição estadual (art. 125, § 2.º da Carta Magna) e a ação de

---

<sup>36</sup> Conforme artigo 119, I, *p* da Carta Política de 1967/69.

<sup>37</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

<sup>39</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 89-90.

inconstitucionalidade quando da omissão de medida necessária para tornar efetiva norma elencada no texto constitucional (art. 103, § 2.º)<sup>40</sup>.

Já em sede de emendas constitucionais, foi acrescida ao cenário de controle de constitucionalidade pátrio a ação declaratória de constitucionalidade (EC 03/1993). Por seu turno, a emenda n. 45 trouxe algumas modificações no controle de constitucionalidade: a inclusão dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos como normas passíveis de controle de constitucionalidade (visto que, após o trâmite de aprovação no Legislativo, passam a ter *status* de emenda constitucional); dilatação da competência do Pretório Excelso para julgar a representação do Procurador-Geral da República contra descumprimento de lei federal para fins de intervenção federal; alargamento do rol de legitimados à propositura da ação declaratória de constitucionalidade (com a exclusão do § 4º do art. 103 e inclusão da referida ação no *caput* do artigo 103 da Constituição); instituição de controle de legalidade/conformidade entre uma lei local contestada em face de lei federal e previsão de novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que seria a demonstração pelo recorrente da repercussão geral do feito (hipóteses estas afeitas ao controle difuso); possibilidade de expedição de súmula vinculante, estendendo os efeitos das decisões tomadas em controle concreto, de *inter partes* para *erga omnes*; indicação da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal como legitimados para as ações de controle de constitucionalidade e atribuição de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de mérito, emanadas do STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade<sup>41</sup>.

Diante das considerações exaradas ao longo deste capítulo, pode-se chegar a uma questão que, conquanto não seja o objeto principal deste trabalho, é de importância para seu entendimento: considerada uma norma inconstitucional em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação, seria ela, em razão da decisão de inconstitucionalidade, nula ou anulável? É o que será visto a seguir.

---

<sup>40</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

<sup>41</sup> BRAGA, Valeschka e Silva. Principais repercussões da Emenda Constitucional N. 45 no controle de constitucionalidade Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, 2006, n. 32, jan./mar.2006. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero32/artigo09.pdf#search=%22%22principais%22%20e%20%22repercuss%C3%B5es%22%20e%20%22valeschka%22%22>>. Acesso em: 22 ago. 2006.

## Capítulo 2

### **NULIDADE E ANULABILIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL E O MODELO ADOTADO NO DIREITO BRASILEIRO**

De acordo com a doutrina, há dois modelos que podem ser diferenciados pela repercussão temporal dos efeitos da inconstitucionalidade. Um deles seria o retrospectivo, em que a retirada da norma do ordenamento jurídico ocorre, via de regra, desde seu nascedouro; outro chamado prospectivo, em que ditos efeitos se orientam para o futuro. Ressalve-se que é possível encontrar diferenciações de classificação, segundo o poder conferido à corte constitucional de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como o sistema rígido, em que não é conferido ao tribunal esse poder, e o flexível, em que o poder de definir o momento em que passaria a ocorrer o efeito da inconstitucionalidade da norma é conferido ao Judiciário<sup>42</sup>.

Também se relaciona com ditos modelos a idéia de declaração de inconstitucionalidade, ligada à noção de nulidade da norma inconstitucional, que adviria do direito norte-americano, e a noção de anulabilidade do dispositivo legal em desconformidade com a Carta Magna, originário na Europa, mais especificamente no sistema austríaco do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, confira-se a seguir algumas das características da teoria da anulabilidade e da nulidade da norma em descompasso com a Lei Maior.

---

<sup>42</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.233.



## 2.1 A anulabilidade da lei inconstitucional

Segundo a doutrina, Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade no continente europeu, por meio da Constituição Austríaca de 1920, aprimorado com a reforma constitucional de 1929. Para o jurista, o aludido controle não seria uma atividade propriamente judicial, mas uma função constitucional, mais aproximada de uma atividade legislativa negativa<sup>43</sup>.

Kelsen, idealizador do controle concentrado em um tribunal constitucional, entendia que uma norma inconstitucional possuía validade até que uma decisão da corte pronunciasse sua desconformidade com a Constituição, sendo que, antes disso, os juízes e tribunais não poderiam deixar de aplicar dita norma. E, após a decisão da corte constitucional, a lei seria extirpada do ordenamento jurídico<sup>44</sup>.

A aludida corte não se confundiria com os órgãos judiciais comuns, tendo em vista sua competente função autônoma (e de fiscalizar concentradamente a constitucionalidade das leis). Suas decisões, no que tange à inconstitucionalidade da lei, não possuíam efeitos retroativos e a análise por ela procedida era do diploma legal cuja constitucionalidade se

---

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

questionava, sem se ater às particularidades do caso concreto, sendo um controle abstrato<sup>45</sup> de normas<sup>46</sup>.

Ademais, preconizava Kelsen que a lei inconstitucional não seria nula, mas anulável, ou seja, a inconstitucionalidade não acarretaria a nulidade, mas apenas a anulabilidade do ato. Conseqüentemente, a decisão que a reconhece teria caráter constitutivo negativo (ao contrário do que preconiza a doutrina da nulidade do ato inconstitucional, que considera declaratória a decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma<sup>47</sup>), e seus efeitos seriam *ex nunc*<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Com a reforma de 1929, admitiu-se também o controle concreto de normas, provocado pela análise de um caso fático numa demanda judicial, não tendo como única finalidade o exame da constitucionalidade de uma lei mas também como pressuposto à apreciação da lide. Nessa situação, a decisão da Corte Constitucional sobre a inconstitucionalidade de uma lei teria efeito retroativo. O controle concreto não seria exercido por todos os órgãos do Judiciário, mas apenas por aqueles de segunda instância, cabendo aos julgadores de primeira instância a aplicação da lei, ainda que em dúvida acerca de sua compatibilidade com a Constituição. Em 1975, fora instituído um tipo de recurso constitucional (*Individualantrag*), que conferiu aos particulares o direito de questionar diretamente a Corte Constitucional sobre a inconstitucionalidade de uma lei, desde que viole diretamente direitos individuais e que não exista outra via judicial apropriada para a defesa do direito alegado. SORMANI, Alexandre. *Inovações da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 75-76.

<sup>46</sup> SORMANI, Alexandre. *Inovações da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 75.

<sup>47</sup> Os juristas influenciados pela doutrina americana defendem a tese de que a inconformidade de um dispositivo legal com a Constituição acarreta a nulidade deste, sendo inconcebível a existência de uma regra maculada por tal vício. Nesse diapasão, a sentença de inconstitucionalidade seria meramente declaratória, pois apenas reconheceria uma situação preexistente. O efeito da declaração, por sua vez, somente poderia ser *ex tunc*. Já a tese do caráter constitutivo da sentença de inconstitucionalidade, atribuída a Kelsen, defende a idéia de que a norma de hierarquia superior (no caso, Constituição), ao vincular uma norma de nível inferior, oferece a alternativa de não se anular esta última, se o órgão encarregado do controle de constitucionalidade não se decidir pela inconformidade da norma infraconstitucional. Kelsen considera a inconstitucionalidade uma “revogação por outra norma”, criada por um procedimento especial para se extirpar a validade da regra jurídica viciada por ilegitimidade à luz da Lei Maior. Logo, a sentença de inconstitucionalidade seria constitutiva, porquanto se presta a anular uma norma até então válida.

Também vale o registro de que à doutrina de Kelsen é comum relacionar-se o efeito *ex nunc*, por este ser o normal no caso das sentenças constitutivas. Assim, incorreriam em erro os que taxativamente afirmam que o efeito da sentença seria a partir da declaração de inconstitucionalidade, porque a sentença é de natureza condenatória. Dita informação seria descabida, pois a anulação de uma lei por incongruência com uma norma superior não é mais do que a sanção pelo descumprimento da norma superior por aquele que trouxe a lume do ordenamento jurídico a norma anulada; sanção esta que admitiria variações de intensidade quanto a seus efeitos. Logo, a sentença de inconstitucionalidade pode produzir efeitos retrooperantes, e seu caráter não deixará de ser constitutivo, pois no pensamento do mestre de Viena, a nulidade é o mais alto grau de anulabilidade, com a distinção de que a nulidade atinge os atos que se deram no passado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A lei n. 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: inaplicabilidade na fiscalização de normas de direito tributário. *Revista dialética de direito tributário*, São Paulo, n.59, pp.113-123, ago. 2000, pp. 114- 115.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

Segundo a idéia de anulabilidade da lei inconstitucional, a afirmação de que uma norma dotada de validade é contrária à Constituição é uma *contradictio in adjecto*, porquanto uma norma só poderia ser válida se fundamentada na Lei Maior. Uma lei inválida não seria contrária à Constituição, pois uma lei inválida não seria sequer uma lei, já que juridicamente inexistente e, assim, não se poderia fazer acerca dela qualquer afirmação de cunho jurídico<sup>49</sup>. Para essa teoria, não se poderia conceber algo como a nulidade dentro de um ordenamento jurídico, pois uma norma inserida nesse ordenamento, não seria nula, mas anulável. Todavia essa anulabilidade pode ter diferentes graus: via de regra, uma lei é anulada com efeitos *pro futuro*, de maneira que os efeitos já produzidos por ela continuariam intocados; por outro lado, a lei pode ser anulada com efeito retroativo, de forma que os efeitos jurídicos que deixou atrás de si sejam desfeitos<sup>50</sup>.

Dessa forma, o sistema de controle de constitucionalidade preconizado por Kelsen funcionaria similarmente à revogação de um dispositivo legal: o Tribunal Constitucional, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, faz com que ela perca sua eficácia, operando-se a sentença *ex nunc e pro futuro*. A lei em discordância com o texto constitucional não é inválida desde seu início, mas conserva sua força até o momento em que for cassada (*Aufhebung*) e extirpada do ordenamento jurídico<sup>51</sup>. Confirmam-se as palavras do mestre austríaco:

Porém, a lei foi válida até à sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo<sup>52</sup>.

Outro ponto crucial para a teoria da anulabilidade é que a ineficácia da lei inconstitucional se dá desde a data de publicação da sentença, exceto se a Corte Constitucional fixar outro prazo, que não pode exceder a um ano, conforme o art. 140.5 da Constituição Austríaca (o decurso desse período de tempo é comparado a uma *vacatio legis* e tem por escopo conceder ao Legislativo prazo razoável para corrigir eventual lacuna deixada

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976, p. 367.

<sup>50</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.898 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.181.

<sup>51</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.898 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.181.

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976, p. 374.

no ordenamento jurídico pela declaração de inconstitucionalidade). Se anulada uma lei por ser considerada inconstitucional, ela continuará sendo aplicada às situações de fato consumadas antes de sua anulação, a não ser naquela que deu origem à decisão (orientação esta tomada a partir da reforma constitucional de 1929, conforme se verá a seguir), salvo se o Tribunal dispuser de forma diferente na sentença anulatória<sup>53</sup>.

E se fixado prazo, na sentença de anulação da lei inconstitucional, para extinção da vigência da lei, ela se aplicará a todos os fatos que se consumarem antes do fim de tal prazo, excetuando-se o caso que ensejou a prolação da sentença (artigo 140.7, segunda parte, da Constituição austríaca)<sup>54</sup>.

Registre-se que, por exigências práticas e com o escopo de se evitar que a decisão da Corte Constitucional da Áustria não tivesse validade justamente nos casos em que surgiu a questão acerca da constitucionalidade de certa norma (pois a lei é considerada naquele país como válida e eficaz até o momento da publicação, sem força retroativa, do pronunciamento da Corte Constitucional), o sistema de controle de constitucionalidade, conforme a reforma de 1929, admitiu parcial atenuação da teoria adotada em 1920, a qual preconiza não ter qualquer retroatividade as decisões da Corte Constitucional. Passou-se a admitir que limitadamente ao caso concreto, na ocasião em que tenha surgido, em via de exceção, a questão da inconstitucionalidade “(...) a lei contrária à constituição deva, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento”<sup>55</sup>.

Note-se que a tese de anulabilidade da lei inconstitucional e do caráter constitutivo negativo da decisão de inconstitucionalidade não obteve grande adesão da doutrina nem de ordenamentos jurídicos; afora a Áustria, essa teoria não prevaleceu em outros países europeus<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.898 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.180-181.

<sup>54</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.898 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.180.

<sup>55</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 121.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.



No Brasil, a idéia de anulabilidade da lei inconstitucional fora defendida por um número reduzido de juristas, dentre eles, Pontes de Miranda e Regina Maria Macedo Nery Ferrari.

O primeiro teria sustentado o caráter constitutivo (negativo ou desconstitutivo) da decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma, rejeitando o caráter declaratório de tal decisão, porquanto a tese tradicional da nulidade da lei colocaria a lei no plano da existência, mas, a seu ver, ela se situaria no plano da validade<sup>57</sup>. O ato jurídico, para Pontes de Miranda, estaria situado em três planos: o de existência, no qual a norma, como fato é ou não é, o da validade, em que o ato vale ou não vale (=ser nulo ou anulável); e o da eficácia, que seria o da irradiação do fato jurídico<sup>58</sup>.

Em seu entendimento, se o ato inconstitucional existe, embora invalidamente, deve ser desconstituído (pois passível de invalidação); poderá e até deverá sê-lo retroativamente, mas não pode ser considerado como se nunca tivesse existido, como se fosse inexistente. De suas lições entende-se que o ato inconstitucional seria um ato existente, porém inválido, que deveria ser desconstituído (invalidado) até de forma retroativa. E somente poderia ser considerado como “nulo” se por “nulo” se entendesse inválido. Nessa óptica, os ensinamentos de Pontes de Miranda se aproximam dos de Kelsen, mas não faz ele referência ao mestre de Viena<sup>59</sup>.

Na opinião de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a lei existiu, validamente, até o momento da decisão que a considerou inconstitucional, e dizer que ela é simplesmente nula, pois inválida desde o início, como se não tivesse existido, e que esse vício foi apenas constatado por uma sentença declaratória é olvidar o fato de que toda lei é inserida no mundo jurídico com presunção de validade que gera direitos, deveres e efeitos no plano fático e neste não haveria ato nulo ou anulável, pois uma vez praticado, não deixará de ter ocorrido<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n.76, p.59-71, jun. 2004, p. 68.

<sup>58</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t 6, p. 418.

<sup>59</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n.76, pp.59-71, jun. 2004, pp. 68-69.

<sup>60</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 283.

Com efeito, a doutrinadora afirma que a retroatividade *ex tunc* (tese da nulidade da norma inconstitucional) deve ser analisada com reservas, pois não se pode olvidar que uma lei em descompasso com a Carta Magna foi eficaz até decisão nesse sentido e que de sua edição até a arguição de sua inconstitucionalidade podem ter se passado anos e anos<sup>61</sup>.

Contudo entende que não se podem adotar posições radicais acerca da nulidade ou anulabilidade da lei inconstitucional, pois a anulabilidade da lei viciada não afasta a possibilidade de sua retroatividade, que, possuindo diferentes graus, permite a anulação de um diploma legal com força retroativa. Os radicalismos, segundo a professora, devem ser abandonados, por uma óptica mais realista do problema, para que não se desvirtue a finalidade do direito, que ao proporcionar harmonia na convivência social, oferece à sociedade a satisfação de suas necessidades de segurança e estabilidade em suas relações jurídicas<sup>62</sup>.

## 2.2 A nulidade da lei inconstitucional

O caso *Marbury v. Madison* coloca-se na história como um dos julgados mais relevantes para o direito constitucional.

O raciocínio acerca da nulidade absoluta e ineficácia plena das normas inconstitucionais foi articulado pelo *Chief Justice* Marshall no julgamento de tal caso, que obteve notoriedade por formalizar e consolidar o sentimento jurídico-institucional naquele país de que a Constituição era dotada de supremacia em relação à legislação congressual, supremacia esta a ser garantida no exercício da função jurisdicional<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 290.

<sup>62</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 290-295.

<sup>63</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista dos Tribunais*: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 4, n. 21, pp.7-39, out./dez. 1997, p. 9. Note-se, todavia, que se apontam registros anteriores ao caso em comento em que se destacavam as

Assim, no caso em testilha, o Juiz Marshall enunciou três idéias que justificariam o controle judicial de constitucionalidade. Primeiramente, a de supremacia da Constituição, pois todos que adotam constituições escritas tê-la-iam como lei fundamental e suprema da nação; a de definição do Judiciário como intérprete final da Carta Magna, pois ele teria competência de dizer o Direito e o sentido das leis, sendo que, acaso um diploma legal estivesse em desconformidade com a Constituição, caberia a dito Poder determinar que aquela se aplique ao caso<sup>64</sup>, em virtude de sua supremacia e, por fim, a de nulidade da lei inconstitucional, que é idéia que interessa ao tema deste trabalho<sup>65</sup>.

Para essa linha de entendimento, a lei inconstitucional seria uma *contradictio in terminis*, pois lhe faltaria o fundamento de validade originário da Constituição, que teria por princípio sua hierarquia e rigidez. Nesse sentido considerou o Juiz Black, da Suprema Corte Americana, que num país possuidor de uma constituição escrita, que é a autoridade máxima sobre o poder de fazer leis e obriga a legislação ordinária, uma norma inconstitucional é nula e sem nenhum efeito e, de fato, não é lei<sup>66</sup>.

A posição desse julgado influenciou a doutrina estadunidense. Cooley, Kent, Black, dentre outros difundiram essa noção, sendo que o primeiro teria enunciado a fórmula sobre o caso: a lei inconstitucional seria uma expressão enganosa (*is a misnomer*) e incorre em uma contradição; esse ato não seria uma lei (*in fact no law at all*)<sup>67</sup>. Logo, o tribunal, ao detectar a inconstitucionalidade de uma lei, declara sua nulidade e, em consequência disso, seriam

---

idéias nele adotadas, como por exemplo, a exposição de Alexander Hamilton no *Federalista* n. 78. Não obstante foi com *Marbury v. Madison* que a tese ganhou o mundo e enfrentou com sucesso resistências políticas e doutrinárias diversas. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

<sup>64</sup> Anote-se que, ao contrário do modelo de controle concentrado (correspondente ao modelo austríaco), no “modelo americano de controle de constitucionalidade”, o poder de auferir a constitucionalidade ou não das leis é conferido genericamente aos juízes e tribunais, vale dizer, o controle é exercido também pelos órgãos ordinários do Poder Judiciário, como etapa do ato de interpretação das leis, que pressupõe a supremacia constitucional. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

<sup>66</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista dos Tribunais: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 4, n. 21, pp.7-39, out./dez. 1997, p. 13.

<sup>67</sup> TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola Foundation Press, 1988, p. 27 *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n.76, pp.59-71, jun. 2004, p. 61.

inválidos todos os efeitos irradiados do ato inconstitucional, visto que esse ato é nulo e írrito (*null and void*) e estes deveriam ser desconstituídos retroativamente (*ex tunc*)<sup>68</sup>.

A lógica desse raciocínio mostrar-se-ia correta. Se a Constituição é a Lei Suprema, tolerar a aplicação de uma norma incompatível com ela seria violar sua supremacia; se uma lei inconstitucional puder disciplinar uma situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência do texto constitucional naquele período em relação à matéria de que dita lei trata. Logo, a inconstitucionalidade seria tida como forma de nulidade, idéia esta que denuncia o vício na origem do ato e a impossibilidade de sua convalidação<sup>69</sup>.

A tese de que a norma inconstitucional é nula e que, portanto, os efeitos de sua inconstitucionalidade teriam efeitos retroativos prevaleceu até os anos sessenta, quando após o julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, esse posicionamento passou a ser flexibilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>70</sup>.

Em dito julgado, o cidadão Linkletter fora condenado na esfera criminal com base em provas ilícitas. Após sua condenação, a Suprema Corte, no caso *Mapp vs Ohio* estendeu a vedação ao uso de provas ilícitas aos Estados. Linkletter requereu àquela Corte a revisão de seu julgamento, mas ela indeferiu seu pedido sob o fundamento, conforme as palavras do Justice *Cardozo*, de que “a Constituição nem proíbe nem reclama o efeito retroativo (*retrospective effect*)”<sup>71</sup>.

Segundo esse entendimento, a Suprema Corte tinha a possibilidade de avaliar, diante do caso concreto, as vantagens e desvantagens decorrentes da retroatividade dos efeitos dos seus julgados. E, aplicando esse critério, entendeu aquele Tribunal que, acaso fosse dado efeito retroativo à nova orientação sobre provas ilícitas, isso ocasionaria grandes prejuízos à administração judiciária, pois seria necessário revisar e anular imensa quantidade de

---

<sup>68</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n.76, pp.59-71, jun. 2004, p. 61.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

<sup>70</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 112.

<sup>71</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 112.



condenações, sem a possibilidade de se reiniciar os processos penais, dado o provável desaparecimento de provas vitais.

Posteriormente, no caso *Stovall v. Denno*, em que se apreciou outra causa penal, a Corte Suprema entendeu que a retroatividade ou irretroatividade de uma orientação jurisprudencial dependeria dos seguintes fatores: razões que motivaram a alteração na jurisprudência, o grau de confiança das autoridades legais na jurisprudência antecedente e os efeitos que a aplicação retroativa da nova jurisprudência trariam para a administração da justiça. Já no precedente *Chevron Oil Co. v. Hudson*, a Suprema Corte, pelo voto da Juíza O'Connor, fixou parâmetros para limitações à retroatividade das jurisprudências firmadas na esfera cível. Logo, a retroatividade seria restringida se a decisão fixasse novos princípios legais, se a não aplicação da retroatividade não frustrasse a aplicação da norma estabelecida ou se a limitação dos efeitos da retroatividade fosse necessária para se evitar grande injustiça<sup>72</sup>.

Todavia aponta-se que a corte máxima estadunidense, em tempos mais recentes, marcados pelo conservadorismo, não tem por positiva a possibilidade de se adotar decisões não-retroativas no controle de constitucionalidade. Uma grande reação contra a doutrina da flexibilização da retroatividade dos efeitos da inconstitucionalidade, fixada no período da corte de Warren, delineou-se na corte de Rehnquist, partindo-se de idéias filosóficas que questionavam o ativismo político daquela primeira corte. No caso *Griffith v. Kentucky*, a Suprema Corte, presidenciada pelo Juiz Rehnquist afastara a doutrina de não-retroatividade, entendendo que, na resolução de questões constitucionais, os magistrados declaram o direito preexistente e não legislam. A nova orientação teria se firmado em *Harper v. Virginia*, em que o Juiz Scalia, que seria o mais conservador dos membros da Corte à época, teria afirmado que a técnica das decisões em que não se aplica a retroatividade dos efeitos da lei inconstitucional seria serva do ativismo judicial. Teria dita técnica sido promovida como meio de criação judicial de normas para se tornar mais fácil a superação de precedentes anteriores. E por fim, teria o magistrado afirmado que a doutrina tradicional é a de que a técnica de

---

<sup>72</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 113.

decisão prospectiva era incompatível com o Poder Judiciário e que as cortes não possuíam poder para aderir à sua prática<sup>73</sup>.

Assim, após admitir-se durante certo tempo o poder de modular os efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade, a Suprema Corte teria voltado à tese ortodoxa de retroatividade plena de seus julgados<sup>74</sup>.

De outra banda, e apesar do aparente retorno norte-americano à doutrina inicial da retroatividade absoluta, outros países que adotaram a tese da nulidade da lei inconstitucional conferiram ao Poder Judiciário a possibilidade de adaptar os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade às peculiaridades de cada situação. A título de exemplo, e pela recorrência em que são citados na doutrina pátria, observem-se os casos de Alemanha, Espanha e Portugal.

No que atine ao primeiro país, é interessante notar que nenhum sistema de controle de constitucionalidade de normas traz formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional alemã<sup>75</sup>. No direito teutônico, a fórmula tradicional explícita que a norma inconstitucional é nula desde seu nascedouro (*ex tunc*). E não obstante esse entendimento não ser expresso na Lei Fundamental ou na Lei Orgânica da Corte Constitucional, defende a doutrina, baseada no princípio da supremacia da Constituição, que deve ser conferida hierarquia constitucional à idéia da nulidade da lei inconstitucional<sup>76</sup>.

A conseqüência lógica da declaração da nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional seria a retirada do ordenamento jurídico dos atos praticados com base nela. Todavia essa depuração total não se verifica no sistema alemão, que estabeleceu uma regra particular acerca das conseqüências jurídicas da declaração da nulidade<sup>77</sup>.

Desenvolveu-se naquele país a técnica, hoje prevista na Lei Orgânica da Corte Constitucional, consistente na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de

---

<sup>73</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, pp. 113-114.

<sup>74</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 114.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 253.

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 254-255.

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 256.

nulidade, em que aquele Tribunal, ao reconhecer a incompatibilidade da norma em face da Constituição, permite em algumas circunstâncias a continuidade de seus efeitos ou mantém inalterados aqueles já produzidos, com o escopo de se evitar maior agressão às regras constitucionais<sup>78</sup>.

Tal inovação se deu no início da década de setenta, quando se firmou a distinção entre a inconstitucionalidade simples ou não-qualificada, denominada incompatibilidade com a Constituição e de outro lado, a inconstitucionalidade com-nulidade, ou acrescida do teor de nulificação. Na primeira modalidade de declaração de inconstitucionalidade, por não traduzir nulidade que impediria a produção de quaisquer efeitos jurídicos, a eficácia da decisão teria o caráter *ex nunc* ou com direção prospectiva, sem se afetar a validade das relações jurídicas anteriormente constituídas. Ocorrendo a declaração de inconstitucionalidade com a pronúncia de nulidade, a decisão judicial que a contém retroagiria à data do início de vigência da norma desconforme com a Lei Maior, de tal forma que a incongruência constitucional também invalidaria a generalidade de atos e negócios jurídicos que foram produzidos com base em dita norma<sup>79</sup>.

A Corte Constitucional germânica também adota o “apelo ao legislador” como forma de decisão, em que se rechaça a arguição de inconstitucionalidade, mas se anuncia a possibilidade de conversão de uma “situação ainda constitucional” (*Appellentscheidung*<sup>80</sup>) num estado de inconstitucionalidade. Dessa forma, a Corte alerta o legislador para que este, dentro de certo prazo, corrija tal situação. A decisão tomada sobre o Estatuto do Sarre, em 4 de maio de 1954 configura-se como ponto inicial do desenvolvimento da *Appellentscheidung*; contudo, fora em 1970 em que a expressão fora usada pela primeira vez, no escrito de *Rupp v. Brünneck*, no qual se defendeu a decisão de se rejeitar a inconstitucionalidade, vinculando-se

---

<sup>78</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 70.

<sup>79</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista dos Tribunais: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 4, n. 21, p.7-39, out./dez. 1997, p. 25.

<sup>80</sup> Esta designação não teria um conceito único na doutrina. Designar-se-ia *Appellentscheidung* a decisão em que a Corte Constitucional considera a situação “ainda constitucional”, declarando a eventual transformação deste estado de inconstitucionalidade imperfeita em uma situação de total inconstitucionalidade. Por outro lado, há autores que a utilizariam para conceituar as decisões da Corte Constitucional tedesca que declaram a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 297.

à conclamação do legislador para que fizesse as correções necessárias no ordenamento jurídico<sup>81</sup>.

Podem-se classificar três tipos básicos de “apelo ao legislador”: o primeiro, que ocorre em virtude de mudanças fático-jurídicas; o segundo, em função do inadimplemento do dever constitucional de legislar; e o terceiro por falta de evidência da ofensa constitucional. É interessante notar que o apelo ao legislador integra normalmente os fundamentos da decisão, apesar de, em tempos mais recentes, a Corte Constitucional passou a declarar, na parte dispositiva do julgado, a constitucionalidade da lei conforme os fundamentos da decisão, atitude esta que deveria cumprir uma “função de advertência”. As afirmações presentes em uma sentença de rejeição da inconstitucionalidade a respeito do processo de inconstitucionalização de uma lei não estariam cobertas pela coisa julgada nem seriam dotadas de força de lei, pois a parte da decisão de onde ele constaria não seria objeto de controle<sup>82</sup>.

É imperioso mencionar que o “apelo” para que se solucione uma situação ainda constitucional antes que ela se torne incongruente com a Carta Magna não obrigaria o legislador a tomar qualquer providência. Todavia as conseqüências fáticas do “apelo ao legislador” não devem ser desprezadas, dado o grande significado que os órgãos estatais e a opinião pública atribuem às opiniões irradiadas da Corte Constitucional alemã, o que faz com que as *Appellentscheidung* tenham eficácia comparável às decisões mandamentais ou cassatórias e ensejem profundas mudanças legislativas<sup>83</sup>.

Em relação à Espanha, tem-se que sua Constituição não dispõe expressamente que a lei inconstitucional é nula ou anulável; o que se determina expressamente é que a norma impugnada deve ser retirada do ordenamento jurídico. Todavia o artigo 39.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional estatui que, acaso a sentença declarar a inconstitucionalidade de uma lei, declarar-se-á a nulidade dos preceitos impugnados<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 296-297.

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 297-308.

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 308-309.

<sup>84</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.898 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.179.



Contudo, em 1989, alterou-se a tradição de retroatividade total dos atos que declaram a inconstitucionalidade das leis, por meio da *Sentencia Constitucional 45/89*, em que o Tribunal Constitucional espanhol declarou a inconstitucionalidade do *sistema de liquidación conjunta del impuesto sobre la renta de unidad familiar matrimonial*, o que corresponderia no ordenamento jurídico pátrio à declaração conjunta de imposto de renda pelos membros da mesma família (marido e mulher, pais e filhos etc.), conforme disciplinado na legislação fiscal daquele país. Em tal oportunidade, pela primeira vez, aquela corte atribuiu efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* à sua decisão, acatando as visões doutrinárias e jurisprudenciais que indicavam o caráter anulatório e prospectivo das decisões de tamanha relevância institucional<sup>85</sup>.

O fundamento 11 daquela sentença constitucional, invocando a idéia alemã da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, declarou a inconstitucionalidade e a nulidade de alguns pontos da legislação espanhola sobre imposto de renda e quanto a outros, apenas a inconstitucionalidade. Para alcançar essa conclusão, asseverou-se que a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional não facultava a ele a possibilidade de diferir o momento da efetividade da nulidade. E a partir dessa premissa, enfrentou-se o problema dos riscos da retroação da inconstitucionalidade à segurança das relações jurídicas. Ademais, segundo a doutrina espanhola, o julgado em tela afastou a crença de que a nulidade total da lei inconstitucional e o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade seriam preceitos incluídos pelo Poder Constituinte na Lei Maior e nesse sentido, teriam *status* supralegal. Seria então o binômio nulidade-retroatividade apenas uma opção doutrinária ou pretoriana utilizada para compreensão do funcionamento do sistema constitucional. Ademais, considerou-se que a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional não era definidora ou vinculante no que atine aos efeitos dos julgamentos constitucionais nem impediria que a Corte estabelecesse o alcance temporal das decisões de inconstitucionalidade<sup>86</sup>.

Assim, o indigitado precedente da Corte Constitucional Espanhola pretendeu demonstrar que a manutenção do efeito retrospectivo das decisões de inconstitucionalidade

---

<sup>85</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p.75.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, pp.75-76.

poderia acarretar um mal maior do que a inconstitucionalidade a ser declarada ou, até mesmo, inviabilizar a própria decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma, tendo em vista o receio de conseqüências indesejadas, atitude esta que desprestigiaria o sistema de rigidez constitucional. No caso em tela, temia-se a repercussão para o Tesouro Espanhol, que seria acarretada por uma decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos. E, a partir dessa constatação e observando a tendência que toma corpo na maioria dos modelos de controle de constitucionalidade europeus, o Tribunal Constitucional decidiu por sua ínsita e indeclinável competência para delimitar os efeitos de seus julgamentos<sup>87</sup>.

Já em relação ao direito lusitano, verifica-se que as normas referentes à relativização da retroatividade das leis declaradas inconstitucionais têm *status* constitucional. Nesse sentido dispõe o artigo 282 da Constituição de Portugal de 1976 (com a redação conferida pela Lei Constitucional n. 1, de 1982) que, apesar de adotar o princípio geral da retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade, admite, em certas situações, que o Tribunal Constitucional português possa modular os efeitos do julgado<sup>88 89</sup>.

No n. 1 do artigo 282, formula-se a regra geral, relativa à declaração de inconstitucionalidade com efeitos desde a entrada em vigor da lei considerada não consentânea com a Carta Magna. O n. 3 ressalva os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade aos casos julgados (salvo quando o Tribunal Constitucional decidir em contrário) quando a norma tratar de matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordem social e for menos favorável ao argüido. Já em relação ao n. 4, o artigo 282 traz preceito de suma

---

<sup>87</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista dos Tribunais: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 4, n. 21, pp.7-39, out./dez. 1997, p. 9.

<sup>88</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 82.

<sup>89</sup> Nesse diapasão, assim dispõe o aludido artigo 282: “Artigo 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido. 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.º”. PORTUGAL. Constituição(1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <[http://www.parlamento.pt/const\\_leg/crp\\_port/](http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/)>. Acesso em: 25 set. 2006.

relevância, pois, observados seus requisitos, o Tribunal Constitucional pode, v.g., limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fixando-os para o futuro, proclamar a nulidade parcial da lei ou negar efeitos repristinatórios à decisão<sup>90</sup>.

Afirma Rui Medeiros que, embora a disposição constante do artigo 282, n. 4 da Constituição Portuguesa esteja presente em diversos países, se não nos textos, ao menos na jurisprudência, nenhum Tribunal Constitucional teria essa liberdade de movimentos na modulação dos efeitos de suas decisões. As razões que justificariam a ponderação dos efeitos (que, para alguns, estariam ligadas não só a motivos estritamente jurídicos (segurança e equidade), mas também teriam um caráter político (o de interesse público de excepcional relevo), para ele estariam ligadas ao princípio da proporcionalidade<sup>91</sup>.

Para tanto, as cortes constitucionais, em suas decisões, deveriam ponderar se os resultados obtidos com a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade são proporcionais à sua carga coativa. Tratar-se-ia de pesar a desvantagem do meio (sacrifício do princípio da supremacia constitucional) em relação à vantagem do fim almejado (resguardo da segurança jurídica, equidade ou interesse público de relevo excepcional)<sup>92</sup>.

Contudo, alerta o autor que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* tem prioridade de aplicação, visto a necessidade de se expurgar do ordenamento jurídico as normas desconformes com o texto constitucional e de se restabelecer plenamente a normatividade da disposição constitucional violada. Não bastaria, portanto, afirmar que a Corte Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade entre a reafirmação da ordem jurídica que o efeito *ex tunc* da decisão potencia e o interesse na eliminação do fator de insegurança que a retroatividade, a princípio, ocasiona. Deve tal Corte declarar a inconstitucionalidade com obrigatoriedade geral e eficácia retroativa, a menos que essa

---

<sup>90</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.898 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp.186-187.

<sup>91</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 688-694.

<sup>92</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 703.

solução implique sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de um interesse público de especial relevo<sup>93</sup>.

### 2.3 Modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, adotou-se o sistema norte-americano, considerando-se inconstitucionalidade sinônimo de nulidade. A lei inconstitucional seria inválida e, portanto, teria seus efeitos cancelados, bem como seria considerada ineficaz<sup>94</sup>.

Assim, o dogma da nulidade da lei inconstitucional está inserido na tradição do direito pátrio, sustentado por grande parte dos constitucionalistas brasileiros. Esse posicionamento fundou-se na antiga doutrina de Marshall, segundo a qual *the unconstitutional statute is no law at all* e equiparou a noção de inconstitucionalidade e nulidade, pois, segundo essa tese, o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional acarretaria a suspensão provisória ou parcial da Constituição<sup>95</sup>.

Rui Barbosa aderiu a esse entendimento, afirmando que a invalidade dos atos desconformes com o texto constitucional é o dogma do constitucionalismo americano, mas que essa idéia não seria aplicável exclusivamente à nação estadunidense, mas também às nações em que fora estabelecida numa Constituição escrita a separação dos poderes, incluindo-se o Brasil.<sup>96</sup> Com efeito, fixou o jurista idéias basilares para a noção de nulidade da lei inconstitucional no direito brasileiro: “toda medida, legislativa ou executiva, que

---

<sup>93</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 703-704.

<sup>94</sup> MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos de provimento final em sede de controle abstrato. *Revista da Esmape*, Recife, v.6, n.13, pp.291-309, jan./jun. 2001, p. 293.

<sup>95</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 317-318.

<sup>96</sup> BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2004, pp. 40-42.



desrespeitar preceitos constitucionais, é de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao Executivo”<sup>97</sup>.

Para Alfredo Buzaid, que também adota a tese da nulidade do ato inconstitucional, a sentença que proclama a inconstitucionalidade de um diploma legal é predominantemente declaratória, já que a nulidade feriria a lei *ab initio*. Embora ela fosse executória até o pronunciamento final do Judiciário, a sentença retroagiria seus efeitos até o berço da lei, alcançando efeitos *ex tunc*. Logo, dito Poder não modificaria o estado da lei, julgando nulo o que inicialmente era válido, pois se limita a declarar a invalidade do diploma legal, a qual seria considerada natimorta<sup>98</sup>.

Numa linha mais radical, Francisco Campos considera que uma lei inconstitucional é inexistente; ela não produziria nenhum efeito, pois inexistente de direito ou como se não tivesse existido para o direito. E verificada a inconstitucionalidade do ato, os tribunais se pronunciariam sobre ela como se ela não tivesse sido promulgada, pois não sendo lei, não obrigaria nem aos particulares ou aos tribunais<sup>99</sup>.

Contudo a recepção da doutrina americana não contribuiu fortemente para o desenvolvimento da teoria da norma inconstitucional no Brasil, bem como a fundamentação teórica da idéia de nulidade de pleno direito ou *ipso jure* também não se afigurou precisa no direito pátrio<sup>100</sup>.

Lúcio Bittencourt entendia que os problemas surgiam quando se queria estender os efeitos das decisões de inconstitucionalidade (que valeria entre as partes) às situações jurídicas idênticas, pois se considerando anulada a lei, “sua aplicação não obteria mais o concurso da justiça”. E os problemas decorriam justamente da falta de fundamentação teórica que embasasse essa extensão<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2004, p. 43.

<sup>98</sup> BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 132.

<sup>99</sup> CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1, pp. 430-431.

<sup>100</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 318.

<sup>101</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualização de José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, pp. 140-141.

Não apontavam essa fundamentação nem os estudiosos americanos, limitando-se a enunciar o princípio em termos categóricos (a norma inconstitucional deveria ser considerada como se nunca tivesse possuído eficácia jurídica), nem os juristas brasileiros, que repetiriam a doutrina estadunidense e as afirmações dos tribunais sem buscar seus motivos e fundamentos<sup>102</sup>. Ademais, indica-se que a falta de instrumentos de generalização dos efeitos da decisão, como a *Gesetzeskraft* (força de lei), existente na Alemanha, ou o *stare decisis* americano, retirava do sistema jurídico pátrio as possibilidades de conferir consistência à teoria da nulidade da lei inconstitucional<sup>103</sup>.

Entendia ainda Bittencourt que as decisões jurídicas que se constituíram de boa fé com base em uma lei julgada inconstitucional não ficariam sumariamente canceladas nem a coisa julgada perderia sua imutabilidade, e que a ineficácia *ab initio* da norma inconstitucional não poderia ser tomada em termos absolutos, pois os efeitos de fato que a norma teria produzido não poderiam ser desfeitos simplesmente por uma decisão do Judiciário<sup>104</sup>.

Themistocles Brandão Cavalcanti, ao discordar dos argumentos tecidos por Alfredo Buzaid no sentido de que a norma inconstitucional é nula, pois viciada desde sua origem e assim sem eficácia, preconizava que a declaração de inconstitucionalidade, em nenhum momento, tem efeitos tão radicais, pois aqueles que se valem de uma norma no caso concreto não partem do pressuposto de que ela é inexistente<sup>105</sup>.

Note-se que no julgamento do Recurso Extraordinário 79.343/BA<sup>106</sup>, o Ministro Leitão de Abreu, cujo voto fora vencido, manifestou-se contrariamente à tese de nulidade *ab initio* da norma inconstitucional, aderindo à teoria da anulabilidade de dita lei. Todavia, no

---

<sup>102</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualização de José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 141.

<sup>103</sup> MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 306.

<sup>104</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualização de José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 147.

<sup>105</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 169.

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Recurso Extraordinário nº 79.343. Recorrente: José Pereira César. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, DF, 31 de maio de 1977. *STF*, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 12 out. 2006.

juízo do Recurso Extraordinário 93.356<sup>107</sup>, o próprio ministro Leitão de Abreu reconheceu que sua opinião não encontrava respaldo no posicionamento dominante no Supremo Tribunal Federal, o qual teria entendido que a retroatividade proveniente da declaração de inconstitucionalidade operava-se integralmente.

Apesar da adoção pelo direito brasileiro da teoria da nulidade, verificou-se nele uma tendência de mitigação dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.

Uma das formas em que essa mitigação se deu fora nos casos em que se concedeu proteção ao ato concreto, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, mediante a aplicação das fórmulas de preclusão. Diferençar-se-ia assim o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e do plano do ato singular (*Einzlaktebene*)<sup>108</sup>.

Se proclamada a inconstitucionalidade de uma lei, o ato concreto praticado com base nessa norma pode subsistir ou não. Se ainda for passível de revisão, ele será revisto e, em caso contrário, permanecerá válido. Esta hipótese ocorreria nos casos em que uma decisão fora proferida com base numa lei posteriormente julgada inconstitucional, quando não mais cabível a ação rescisória; logo, transcorrido *in albis* o prazo para a rescisão da sentença, o ato não poderá ser alterado<sup>109</sup>.

Registre-se, todavia, que esse entendimento não ocorre na esfera penal, pois o artigo 621 do Código de Processo Penal não fixa prazo para a propositura de revisão da sentença condenatória e elenca como um dos motivos de revisão daquela a sua contrariedade a texto expresso da lei penal, abrangendo-se a sentença penal condenatória baseada em lei inconstitucional<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso Extraordinário nº 93.356. Recorrente: Pantaleão Blanc Rinaldi. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, DF, 24 de março de 1981. STF, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 12 out. 2006.

<sup>108</sup> MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 308.

<sup>109</sup> SILVEIRA, Geovana Faza da. Repensando os efeitos temporais da declaração abstrata de inconstitucionalidade: análise a partir do plano normativo e no plano normado. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.9, pp.43-51, dez. 2003, p. 49.

<sup>110</sup> MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 308.

Em algumas ocasiões invoca-se o fundamento da segurança jurídica para se impedir que a declaração de inconstitucionalidade atinja atos concretos, como nos casos em que são considerados legítimos os atos praticados por funcionários públicos, cuja lei que promoveu a investidura destes fora declarada posteriormente inconstitucional (RE 79.620, da relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro e o RE 78.594, cujo relator fora o ministro Bilac Pinto). Em outros casos, o argumento da segurança jurídica obstou a revisão do ato praticado com base na lei inconstitucional, como naqueles concernentes à inconstitucionalidade de lei que concede vantagens a setores do funcionalismo, em especial aos magistrados, considerando-se que a retribuição considerada inconstitucional não deveria ser questionada no período em que a lei permanecera válida, mas não poderia ser paga após a declaração de inconstitucionalidade (RE 122.202, relator ministro Francisco Rezek)<sup>111</sup>.

Na ação direta de inconstitucionalidade 513-DF, o Pretório Excelso reconheceu que situações anormais que poderiam advir da simples declaração de inconstitucionalidade exigiriam atenuação ou até supressão dos efeitos retrospectivos da indigitada declaração. Tais situações se revelariam na ameaça de insolvência do Tesouro, na continuidade de serviços públicos, na possibilidade de geração de lacunas no ordenamento jurídico ou algum outro fator política ou socialmente relevante<sup>112</sup>. Ainda que no caso concreto tenha se negado a ocorrência de tais situações, não se negou a possibilidade de se proceder a tal ponderação.

Também ganham importância as situações em que se declara a inconstitucionalidade da omissão parcial do legislador. Nesses casos, ele terá editado as leis mais relevantes exigidas na Constituição; entretanto o dever de legislar foi cumprido de forma imperfeita ou insatisfatória, seja porque o Legislativo editou norma que não atende completamente às exigências da Carta Magna, seja porque alterações nas situações fáticas ou jurídicas demandam uma ação corretiva daquele Poder. Ressalvados alguns casos, não se encontrariam omissões puras do legislador; todavia não haveria como se negar que o cumprimento

---

<sup>111</sup> MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 310-311.

<sup>112</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 240.



imperfeito de uma obrigação constitucional seria uma ofensa ao dever que o Poder Constituinte a ele impôs<sup>113</sup>.

A assertiva de que o Poder Legislativo não satisfaz um dever constitucional geralmente traz censura ou crítica ao direito positivado. Logo, a declaração de inconstitucionalidade de uma omissão parcial do legislador (inclusive no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão) conteria a determinação acerca da inconstitucionalidade de uma norma. Esse entendimento, segundo a doutrina, levaria à admissão de um tipo de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com suspensão da norma (efeito *ex nunc*), tal como no direito tedesco. Todavia, em determinados casos, a aplicação da lei, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade pode ser necessária, por própria exigência da Constituição, casos estes que ocorrem quando a aplicação da norma, mesmo em descompasso do texto constitucional, mostra-se indispensável<sup>114</sup>.

Um exemplo dessa situação se daria no caso das leis que fixam o salário-mínimo. É certo que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, contém obrigação expressa dirigida ao legislador para que este fixe o salário-mínimo que corresponda às necessidades básicas dos trabalhadores. Se o Supremo Tribunal Federal considerasse, em processo de controle concentrado de normas, inclusive nos casos de omissão, que a norma acerca de dito salário não corresponde às exigências do texto constitucional, sendo típica inconstitucionalidade por omissão parcial, a suspensão da aplicabilidade dessa norma e sua eventual cassação agravaria o estado de inconstitucionalidade, pois não haveria lei aplicável à espécie. Assim, o controle de constitucionalidade por omissão parcial torna “(...) inevitável, senão imperiosa, a adoção da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no sistema brasileiro”<sup>115</sup>.

Outra questão relacionada com as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade é a da “lei ainda constitucional”. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em 23/03/1994, pôde ampliar as variações das técnicas de decisão no controle de

---

<sup>113</sup> MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 317.

<sup>114</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 378-384.



constitucionalidade, ao admitir, no julgamento do *Habeas Corpus* 70.514, que o diploma legal que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública seria considerado constitucional enquanto tais órgãos não estivessem devidamente estruturados. Nesse sentido, o relator, Ministro Sydney Sanches, frisou que a inconstitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 5º da Lei nº 1.060, de 05/02/1950 (adicionado pela Lei nº 7.871 de 08/11/1989), não deveria ser reconhecida no ponto em que conferia prazo dobrado para recurso às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, em âmbito estadual, chegasse ao nível de organização do respectivo *Parquet*<sup>116</sup>.

Assim, ressaltou-se expressamente a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da disposição em comento, pois a afirmação acerca da legitimidade do dispositivo legal baseava-se em uma circunstância de fato que se alteraria com o tempo, em direção de sua inconstitucionalidade.

Posteriormente, com o julgamento do Recurso Extraordinário Criminal 147.776, cujo relator fora o Ministro Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser discutido. Nele, julgou-se “ainda constitucional” o dispositivo legal (artigo 68 do Código de Processo Penal) que atribuía a legitimidade do Ministério Público para promover, na jurisdição cível, a reparação do dano *ex delicto* em favor daqueles que eram hipossuficientes. Considerou-se que, com a promulgação da Carta Política de 1988, a atribuição em testilha teria sido transferida para a Defensoria Pública; contudo esta só seria considerada existente para esse fim, onde e quando organizada nos moldes do artigo 134 da Constituição Federal e da lei complementar por ele ordenada; e, até que na União ou em cada estado considerado se realizasse essa condição de viabilização da transferência de atribuições determinada pelo texto constitucional, o dito artigo do Código de Processo Penal seria ainda considerado vigente<sup>117</sup>.

Considera-se que essa opção de julgamento desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal foi inspirada no uso que a Corte Constitucional da Alemanha faz do “apelo ao

---

<sup>115</sup> MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 318-320.

<sup>116</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n.º 9.868/99 de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp.305-306.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Recurso Extraordinário nº 147.776. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Geralda Cardoso de Paula. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 19 de maio de 1998. *STF*, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 12 out. 2006.

legislador”, mormente nos casos em que a norma passa por um processo de inconstitucionalização. Nessas situações, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderia ser mais maléfica que sua aplicação temporária. Ademais, há de se considerar que, acaso o Tribunal declare a inconstitucionalidade da norma em outra oportunidade, deverá fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Verifica-se então que o “apelo ao legislador” e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados estariam ligados<sup>118</sup>.

Logo, evidencia-se que o Pretório Excelso deu passos significativos no sentido de se flexibilizar as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, reconhecendo em certas situações a não-aplicabilidade da doutrina tradicional da nulidade da norma desconforme com a Lei Maior.

Vale o registro de que se tentou incluir no texto constitucional vigente formas de abrandamento da aplicabilidade da teoria da nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional. Na Assembléia Constituinte de 1986-1988, o então Senador Maurício Corrêa apresentou proposta que permitiria ao Pretório Excelso decidir se a declaração de inconstitucionalidade em ação direta retroagiria ou não, proposta esta que fora rejeitada. Novamente, quando do processo de revisão constitucional de 1994, o relator de tal processo, ex-Deputado Nelson Jobim, propôs acréscimo de um §5º ao artigo 103 da Constituição Federal, no sentido de se autorizar o Supremo Tribunal Federal a limitar os efeitos retroativos das declarações de inconstitucionalidade, sendo que mais uma vez essa idéia não obteve acolhida<sup>119</sup>.

Com a edição da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, permitiu-se pela primeira vez de forma expressa a mitigação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo-se excepcionalmente que a declaração de inconstitucionalidade não alcançasse os efeitos *ex tunc*<sup>120</sup>. Essa idéia fora consubstanciada em seu artigo 27, *in verbis*:

Art. 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

---

<sup>118</sup> MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 322.

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 23.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.

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.

Note-se que a constitucionalidade desse dispositivo legal suscita várias críticas e considerações no ambiente jurídico pátrio. Confirmam-se tais posicionamentos, bem como as condições de aplicabilidade do dispositivo legal em comento no capítulo seguinte.

## Capítulo 3

### O ARTIGO 27 DA LEI 9.868/99 E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

#### 3.1 A lei nº 9.868/1999

A Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Tal diploma legal foi baseado no Projeto de Lei n.º 2.960/1997, elaborado por uma comissão de juristas integrada por nomes como Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Vilaça de Azevedo, Antônio Herman Vasconcelos Benjamin, Arnaldo Wald, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Gilmar Ferreira Mendes, dentre outros<sup>121</sup>.

Em seu bojo, pode-se perceber que a lei trouxe novidades em seus dispositivos, bem como positivou o entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso acerca da matéria<sup>122</sup>. Vale observar ainda que não havia, até o momento de sua edição, nenhuma lei que tratasse especificamente do assunto, na medida em que a disciplina das citadas ações constitucionais estava contida ou na Constituição Federal ou no Regimento Interno do Pretório Excelso<sup>123</sup>.

Sem a pretensão da análise de todas as especificidades da lei, verifica-se que foram disciplinados em seu Capítulo II os requisitos de admissibilidade e procedimento da

---

<sup>121</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A nova proposta de regulamentação do controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal. *Direito Administrativo, contabilidade e administração pública*. Brasília, n. 11, p. 45-51, nov. 1999, p. 45.

<sup>122</sup> CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo e julgamento da ADIN e da ADC perante o STF, segundo a lei 9.868/99. *Revista do Tribunal de Contas da União*: Brasília, v. 31, n. 84, pp. 11-18, abr./jun. 2000, p. 11.

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Análise das Leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99. *Consulex: Revista Jurídica*, ano 5, n. 1, pp. 35-41, mar. 2001, p.39.



ação direta de inconstitucionalidade (incluindo-se aí o rol de legitimados ativos, requisitos da petição inicial, oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, bem como o procedimento de concessão de medida cautelar). O capítulo III, por sua vez, cuida da forma de processamento da ação declaratória de constitucionalidade, e, da mesma forma que para a Adin, estão elencados os autorizados à sua proposição, elementos necessários à exordial, dentre outras especificações para o processamento do feito.

Já o capítulo IV trata, dentre outras questões, das decisões tomadas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, estabelecendo, além de outras orientações, quórum mínimo para deliberação, prazos de publicação e efeitos da decisão em ditas ações constitucionais<sup>124</sup>.

Vários dispositivos da lei em comento são objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade. A primeira, registrada sob o n. 2.154-0<sup>125</sup>, fora ajuizada pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, que questiona a constitucionalidade do artigo 26, *in fine*, o qual proíbe o ajuizamento de ação rescisória das decisões definitivas dos processos de controle abstrato de constitucionalidade disciplinados pela Lei n.º 9.868/99, e do artigo 27, que autoriza ao Pretório Excelso a modificação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, em razão de segurança jurídica ou interesse social. Já a segunda<sup>126</sup>, cujos autos foram apensados aos da supracitada Adin, consta nos registros do Supremo Tribunal Federal com o n.º 2.258-0 e tem como requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Nela busca-se a declaração de inconstitucionalidade do 11, § 2º, que autoriza, nos casos de concessão de medida acautelatória nas ações diretas, a aplicação de legislação anterior, exceto em manifestação expressa em contrário, do artigo 21, que autoriza a concessão de providência cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade, bem como a pronúncia pelo Pretório Excelso acerca da inconstitucionalidade do já mencionado artigo 27.

---

124 CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo e julgamento da ADIN e da ADC perante o STF, segundo a lei 9868/99. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 31, n. 84, pp. 11-18, abr./jun. 2000, p. 15.

125 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial ADIN 2154-0. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 07.

126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial ADIN n. 2.258-0. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: em 19 jan.07.



### 3.2 Opiniões acerca da inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99

O artigo 27 da Lei 9.868/99, que se destaca pelo objeto deste trabalho, teve sua constitucionalidade questionada no bojo da Adin 2.258<sup>127</sup> sob o fundamento de que ele ofenderia os preceitos relativos ao Estado Democrático de Direito e ao Princípio da Legalidade (artigo 1º e 5º, II da Carta Magna, respectivamente), os quais não permitiriam que aquilo que não fosse lei regulasse condutas, pois as normas inconstitucionais seriam nulas. Argumentou-se ainda que a jurisprudência do Pretório Excelso é no sentido de nulidade das normas inconstitucionais, por ser uma imposição constitucional. Mencionou-se ainda que houve a tentativa de se incluir na Lei Maior dispositivo que permitiria que a lei inconstitucional produzisse efeitos. Todavia como essa proposta de inclusão fora rejeitada, alegou-se que a orientação de que a lei inconstitucional não produz efeitos deveria prevalecer.

Por sua vez, na Adin 2.154<sup>128</sup> pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99 tendo em vista que este violaria o entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade teria efeitos *ex tunc*. Alegou-se também que o dispositivo legal estaria em contrariedade com o princípio da legalidade, bem como com o princípio da igualdade (artigo 5º, I, da Constituição Federal), pois a declaração de eficácia da lei inconstitucional poderia beneficiar alguns em detrimento de outros.

Além dos argumentos expostos nas Ações Diretas supramencionadas, podem-se encontrar outras vozes contrárias à constitucionalidade do indigitado artigo 27. Sustenta-se, dentre outras opiniões, que ele permitiria ao Supremo Tribunal Federal determinar aos jurisdicionados a obediência a atos inconstitucionais<sup>129</sup>, que a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, que teria hierarquia constitucional, fora feita por

---

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial Adin nº 2.258-0. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 jan.07.

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial Adin nº 2154-0. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 07.

<sup>129</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 467.

meio de edição de lei ordinária, quando deveria ser feito por emenda ao Estatuto Maior<sup>130</sup> e que tal disposição beneficiaria apenas o governo, suposto “(...) principal violador da Constituição (...)”<sup>131</sup>. Ademais, opina-se que a manutenção da vigência da lei declarada inconstitucional atentaria contra os direitos fundamentais e as cláusulas pétreas<sup>132</sup> e que o *quorum* de 2/3 definido no artigo em tela afrontaria o artigo 97 da Lei Maior, o qual preconiza que o poder dos tribunais em declarar a constitucionalidade somente poderia ser exercido pela maioria absoluta de seus membros<sup>133</sup>.

Em que pesem as opiniões dos que defendem a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, pede-se vênia para se discordar de seus argumentos.

O princípio da nulidade das leis inconstitucionais continua a ser a regra no ordenamento jurídico pátrio, sendo que, o afastamento de sua aplicação depende de um rigoroso juízo de ponderação, baseado no princípio da proporcionalidade, que faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional relevante e, assim como no direito lusitano, a não aplicação do princípio da nulidade há de se basear em um fundamento constitucional. Vale dizer: dito princípio somente seria afastado se se puder demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional sob a forma de interesse social<sup>134</sup>.

No tocante à instituição, por lei ordinária, da limitação temporal aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, note-se que o artigo 27 da Lei 9.868/99 não seria o fundamento das decisões da Corte Maior que venham determinar tal limitação, mas sim a proteção de outros valores e princípios constitucionalmente assegurados (relacionados à

---

<sup>130</sup> REGO, Bruno Noura de Moraes. Adin e ADC: comentários sobre a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Revista Dialética de Direito Tributário*: n. 60, pp. 36-67, set. 2000, p. 67. Também pela inconstitucionalidade formal do art. 27, por tratar de matéria que deveria ser objeto de emenda constitucional, cf. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através da lei ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.56, pp.19-24, mai. 2000, p.24.

<sup>131</sup> BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67.

<sup>132</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 425.

<sup>133</sup> MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art 27 da Lei n. 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos de provimento final em sede de controle abstrato. *Revista da Esmape*, Recife, v.6, n.13, pp.291-309, jan./jun. 2001, p. 300.

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.394.

segurança jurídica ou ao excepcional interesse social) e que seriam colocados em risco por uma decisão retroativa. Ao decidir dessa forma, não estaria o Pretório Excelso sobrepondo uma lei ordinária (9.868/99) ao Estatuto Maior, mas sim estaria ponderando valores e princípios de igual hierarquia e mesma dignidade constitucional<sup>135</sup>.

Já no que atine à fixação de quorum qualificado de 2/3, exigido para a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tem-se que ele seria compatível com os ditames da Constituição e, ademais, dotado de razoabilidade. Isso porque o grau de responsabilidade ao se decidir pela inconstitucionalidade da lei com efeitos prospectivos é maior do que a mera declaração de inconstitucionalidade sem qualquer ressalva quanto a seus efeitos temporais. Assim, a exigência de quórum mais elevado possui uma relação de proporcionalidade com o grau de responsabilidade e de repercussão sociopolítico da decisão<sup>136</sup>.

E, em relação à possibilidade de que a aplicação do artigo em tela possa favorecer determinados grupos (mormente o Governo) em detrimento de outros, crê-se, na mesma linha de entendimento de Zeno Veloso, que “o perfil, a dignidade e a independência do Supremo Tribunal nos levam a ter convicção de que tais receios são vãos e infundados”<sup>137</sup>.

De toda sorte, registre-se que o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema é reflexo de que ele ainda suscita controvérsias entre os juristas do Brasil. Assim, aguarda-se o julgamento de tais Ações Diretas para que o tema seja pacificado, sendo que, para análise dos pontos a seguir, pressupõe-se a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99.

---

<sup>135</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185.

<sup>136</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 187-188.

<sup>137</sup> VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 196.

### 3.3 Fixação dos limites temporais da eficácia da decisão de inconstitucionalidade

A modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, segundo o artigo 27 da lei 9.868/99, pode ocorrer quando decidida por maioria de 2/3 dos votos dos membros do Supremo Tribunal Federal e presentes razões de segurança jurídica e excepcional interesse social (requisitos materiais).

Em primeiro lugar, registre-se que a redação do artigo é alvo de críticas por parte da doutrina em razão da amplitude e indefinição dos conceitos de “razões de segurança jurídica” e “excepcional interesse social”<sup>138</sup>.

Realmente são conceitos amplos, que podem comportar uma série de interpretações. A título de exemplo, pode-se conceituar segurança jurídica como um princípio que deriva do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição) e do devido processo legal (artigo 5º, § LIV do Estatuto Fundamental), princípio este pelo qual se protege o indivíduo de alterações inesperadas em posições consolidadas no tempo, o que abalaria a confiança do cidadão nas regras jurídicas que obedeceu ao assumir obrigações e direitos vinculados a leis produzidas pelo Estado. Conduz esse princípio a dois outros, que é o da determinabilidade das leis, pelo qual se exigem leis claras e o da proteção da confiança, consubstanciado na exigência de leis tendencialmente estáveis ou ao menos não-lesivas à previsibilidade dos cidadãos quanto a seus efeitos jurídicos<sup>139</sup>.

Quanto ao “excepcional interesse social”, Rui Medeiros preceitua que o chamado “interesse público de excepcional interesse social”, presente no artigo 282 n. 4 da Constituição Portuguesa, uma das inspirações para o artigo 27<sup>140</sup>, contém um conceito

---

<sup>138</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n.76, pp.59-71, jun. 2004, p. 65.

<sup>139</sup> LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 7, n. 27, pp. 183-208, abr./jun. 1999, pp. 200-202.

<sup>140</sup> BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 58-59.

indeterminado para englobar todos os interesses constitucionalmente resguardados e não identificáveis com a noção de segurança jurídica e equidade<sup>141</sup>. Parece ser um idéia utilizável no direito brasileiro, aplicando-se a noção de “excepcional interesse social” aos direitos constitucionais de interesse da sociedade não abarcados pelo conceito de segurança jurídica.

Constata-se que os requisitos materiais para modulação dos efeitos da inconstitucionalidade foram estabelecidos em conceitos indeterminados, o que não quer dizer que a Corte Maior tenha absoluta discricionariedade para concretizá-los. Nesse sentido, é de suma importância a fundamentação do julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá buscar o convencimento da sociedade como um todo<sup>142</sup>.

Vale lembrar que a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade deve ser expressa no julgado, pois, em caso contrário, a eficácia da decisão acerca da inconstitucionalidade será *ex tunc*<sup>143</sup>.

Outra questão relevante é saber a partir de que momento é eficaz a decisão de inconstitucionalidade quando da aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99, pois conforme aludido dispositivo legal, é possível que o Supremo Tribunal Federal decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Segundo a doutrina, o dispositivo legal em comento permitiria que fosse fixada eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, cuja decisão teria força predominantemente constitutiva e não retroagiria, tendo efeitos a partir da publicação da decisão. Poderia ainda ser fixado termo entre a data da entrada em vigor da norma inconstitucional e o dia da publicação da sentença que declarou sua inconstitucionalidade, vale dizer, o período de tempo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade poderia não incluir a data de entrada em vigor da lei, tampouco o da publicação da sentença<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 710.

<sup>142</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 128.

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tributário. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 457.722-6. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Fama Rodovias e Transportes LTDA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 14 de junho de 2005. *STF*, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 05 fev. 2007.

<sup>144</sup> SCALZILLI, João Pedro. A eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade no controle abstrato. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, ano 8, n.12, pp.222-227, 2ª quin. jun. 2005, p. 224.



Também poderia ser determinada a eficácia *pro futuro* da decisão de inconstitucionalidade; todavia cumpre esclarecer que o efeito *pro futuro* não se confunde com o efeito *ex nunc*, pois o termo inicial (data em que a declaração de inconstitucionalidade começa a ter efeitos) deve ser determinado pelo Supremo Tribunal Federal em momento posterior e diferente daquele em que foi publicada a decisão<sup>145</sup>.

A Corte Maior já proferiu várias decisões com base no artigo em comento, como, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.022, determinando o início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir de 31 de dezembro de 2004, quando o julgamento da Adin ocorrera em 02 de agosto daquele ano, com o escopo de se evitar grave prejuízo que ocorreria se o julgado tivesse efeitos *ex tunc*<sup>146</sup>.

Entretanto podem-se encontrar opiniões no sentido de que apenas poderia ser dado efeito *ex nunc* às decisões de inconstitucionalidade, sem se poder aplicar o efeito *pro futuro*<sup>147</sup>.

Outros ainda sustentam que, ao aplicar a hipótese prevista no artigo 27, o STF deveria escolher como termo inicial da produção dos efeitos um momento entre a edição da norma e a publicação da decisão, não podendo fixar momento posterior a tal publicação, pois a norma inconstitucional não pertenceria mais ao ordenamento jurídico, não podendo assim produzir qualquer efeito<sup>148</sup>.

Todavia, não parece ser esse o melhor entendimento acerca da questão.

Há casos em que a aplicação da norma, mesmo após o pronunciamento da Corte Maior acerca de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela Constituição, como naqueles

---

<sup>145</sup> SCALZILLI, João Pedro. A eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade no controle abstrato. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, ano 8, n.12, p.222-227, 2ª quin. jun. 2005, p. 224.

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3022-1. Requerente: Procurador-Geral da República. Recorrido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 02 de agosto de 2004. *STF*, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 03 fev. 2007.

<sup>147</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 697.

<sup>148</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional: atualizada até a EC n. 48/05*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 690. Confira-se ainda PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 186-187.

casos em que a aplicação da lei mostra-se constitucionalmente indispensável no período de transição, até edição de uma nova. Um exemplo dessa situação diria respeito às leis relativas a salário mínimo, questão abordada no Capítulo 2 retro: se eventualmente a Corte Maior entendesse que alguma das leis que fixasse esse salário fosse inconstitucional, a não aplicação da norma pioraria a situação de inconstitucionalidade e inclusive feriria outros princípios constitucionais, pois não haveria lei a ser aplicada<sup>149</sup>.

A eficácia *pro futuro* teria então o escopo de impedir que a retirada da norma inconstitucional gere um “buraco negro” no ordenamento jurídico que, em determinadas situações, pode ser mais maléfico ao texto constitucional do que a manutenção provisória da norma reputada inconstitucional. Logo, ao determinar um momento, no futuro, a partir do qual a norma não mais terá eficácia, a Corte Constitucional dá aos órgãos legislativos a possibilidade de preencher a lacuna deixada pela retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, impedindo efeitos que poderiam ser ofensivos aos valores e princípios constitucionais<sup>150</sup>.

Entretanto critica-se (e com razão) a amplitude do efeito *pro futuro* determinada pelo artigo 27, sem qualquer determinação de limite temporal, pois, interpretando-se literalmente o artigo, o STF estaria autorizado a manter em vigor uma norma inconstitucional por dez, vinte anos. Todavia crê-se que é possível a utilização desse efeito à luz do princípio da razoabilidade<sup>151 152</sup>, para que assim não se cometam excessos quanto ao tempo de subsistência da norma reputada inconstitucional no ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>149</sup> MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 318-319.

<sup>150</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 128.

<sup>151</sup> SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, pp. 127-128.

<sup>152</sup> Acerca da questão, confira-se ainda a opinião de Rui Medeiros: “A “margem de escolha” de que o Tribunal Constitucional goza na fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não legitima a adopção de decisões arbitrárias, estando “condicionada” por um princípio da proporcionalidade” (...) A idéia de proporcionalidade em sentido estrito obriga a verificar se o resultado tido com a limitação dos efeitos é proporcional à carga coactiva do mesmo (...) Impõe-se, para o efeito, a ponderação dos diferentes interesses em jogo e, concretamente, o confronto entre os interesses afectados pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória.” MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 696-703. Por outro lado, há registros na doutrina de Portugal de que o Tribunal Constitucional vem fazendo uma excessiva aplicação do artigo 282 da Constituição Lusitana, que trata da modulação dos efeitos da declaração de

Ressalte-se ainda que a Corte Maior já declarou a inconstitucionalidade da lei com efeitos *pro futuro*, como no caso do Recurso Extraordinário 197.917, que tratava do número de vereadores do município de Mira Estrela, SP, fixado em descompasso com a Constituição Federal, pois a decisão com efeitos retroativos traria grande instabilidade jurídica, como por exemplo, o questionamento acerca das deliberações da Casa Legislativa daquele município<sup>153</sup>.

Por derradeiro, e não obstante o fato de o Supremo Tribunal Federal já aplicar o dispositivo legal em exame, registre-se a opinião de Carlos Alberto Siqueira Castro, que bem ilustra a grande responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em aplicá-lo:

Ao STF de nosso país, mercê de suas mais relíquias tradições de sabedoria constitucional, caberá abrir ensanchas para a perspectiva de alguma forma de expressão prospectiva de seus julgados na via da ação direta de inconstitucionalidade segundo os meios que julgar mais consentâneos a tal mister. Tudo, é claro, com o alto e permanente propósito de – a um só tempo – afirmar a superioridade das normas e princípios da Constituição e salvaguardar a segurança das relações jurídicas que mereçam estar protegidas em face dos julgamentos proferidos no âmbito da jurisdição constitucional<sup>154</sup>.

---

inconstitucionalidade naquele país. Nesse sentido confira-se: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. 6, p. 269 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1017.

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 401-402.

<sup>154</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista dos Tribunais: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 4, n. 21, pp.7-39, out./dez. 1997, p. 39.

## CONCLUSÃO

A Constituição pode ser definida de várias formas, sendo que um dos conceitos que se pode atribuir a ela é o de Lei Fundamental; vale dizer, a Constituição seria hierarquicamente superior aos demais diplomas legais.

Considera-se que uma norma é inconstitucional quando ela está em descompasso com o texto constitucional, ou seja, quando tal norma descumpre os preceitos constitucionais. A inconformidade da lei com a Constituição pode se manifestar de várias formas, e, tendo em vista o objeto deste trabalho, destaca-se a inconstitucionalidade por ação, que se dá quando a norma produzida pelo Poder Legislativo é incompatível com o texto constitucional, ao contrário da inconstitucionalidade por omissão, que ocorre quando o legislador deixa de praticar ato exigido pela Lei Maior.

Para garantir a posição de supremacia da Constituição em relação às demais normas, faz-se necessário o controle de constitucionalidade das leis. Tal controle, que passou por grandes mudanças ao longo da história constitucional brasileira, possui várias classificações, como por exemplo, a forma concentrada, a forma difusa e a mista (esta última ocorre quando os sistemas concentrado e difuso são aplicados, e é a adotada no Brasil), e

Em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de uma norma, duas posições principais se contrapõem: a da anulabilidade e a da nulidade da lei em descompasso com o Estatuto Fundamental.

A teoria da anulabilidade (desenvolvida principalmente por Hans Kelsen) preconiza que a norma inconstitucional não é inválida desde seu início e conserva sua força até o momento em que é retirada do ordenamento jurídico. Essa teoria não obteve grande adesão tanto por parte dos ordenamentos jurídicos quanto por parte da doutrina (no caso do Brasil, foi defendida por um pequeno número de juristas, como Pontes de Miranda e Regina Maria Macedo Nery Ferrari).

Por seu turno, a idéia de nulidade teve como base o caso *Marbury vs. Madison*, ocorrido nos Estados Unidos, em que se considerou que uma lei inconstitucional seria nula e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade teriam efeitos retroativos, pois se tolerar a



aplicação de uma norma inconstitucional corresponderia à violação da supremacia do texto constitucional.

Entretanto, a teoria da retroatividade dos efeitos da declaração de desconformidade de uma lei com a Constituição foi relativizada em território norte-americano após o julgamento do caso *Linkletter vs. Walker*, no qual se permitiu não conceder efeito retroativo às decisões de inconstitucionalidade. Menciona-se, todavia, na doutrina o retorno dos Estados Unidos à aplicação da tese de retroatividade total dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

De outra banda, outros países, como Portugal, Espanha e Alemanha, que adotaram o modelo de nulidade da norma inconstitucional, admitem a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Vale o registro de que as teorias desenvolvidas em tais países acerca das questões relativas à flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade influenciaram o ambiente jurídico pátrio, como, por exemplo, na aplicação da idéia de “apelo ao legislador”, inspirada no direito germânico e realizada pelo Pretório Excelso.

No Brasil adotou-se o sistema estadunidense de declaração de inconstitucionalidade, com a pronúncia de nulidade da norma inconstitucional. E, apesar da utilização desse sistema pelo direito pátrio, verificou-se a tendência de se mitigar os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, nos casos de omissão parcial do legislador ou ainda nas situações de leis “ainda constitucionais”.

Registre-se que houve a tentativa de se incluir, no texto constitucional vigente, a previsão da possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que não foi acatado pelo Poder Legislativo. Entretanto, com a edição da lei 9.868/1999, permitiu-se a aludida modulação, conforme seu artigo 27.

Dito artigo 27 é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (2.154 e 2.258) e é alvo de críticas da doutrina, sob os fundamentos, dentre outros, de que ele permitiria ao Supremo Tribunal Federal determinar a obediência a leis inconstitucionais pelos jurisdicionados, de que a flexibilização do dogma da nulidade da lei não consentânea com a Lei Maior, que teria estatura constitucional, foi feito por intermédio de lei ordinária e que somente o governo se beneficiaria da aplicação de tal artigo. Todavia esses argumentos são rebatidos por outras opiniões doutrinárias acerca da constitucionalidade desse artigo. Ressalte-se ainda que neste trabalho concorda-se com a tese da constitucionalidade do artigo 27.



O dispositivo legal em questão determina dois requisitos materiais para sua aplicação: segurança jurídica e excepcional interesse social. O primeiro estaria relacionado com a proteção do indivíduo contra alterações no ambiente normativo que possam prejudicar situações consolidadas no tempo. Já o segundo estaria ligado aos direitos constitucionais de interesse da sociedade não identificados com a noção de segurança jurídica.

Quanto ao momento a partir do qual é eficaz a decisão de inconstitucionalidade quando da aplicação do artigo 27 da lei 9.868/1999, a doutrina aponta que poderia ser determinada a eficácia *ex nunc* (efeitos a partir da publicação da sentença), poder-se-ia fixar termo entre a data de vigência da lei e a publicação da sentença ou ainda a eficácia *pro futuro* (produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade em momento posterior e diferente da publicação da sentença).

No entanto há os que sustentam que só poderia ser dado o efeito *ex nunc* ou que não era cabível ao Pretório Excelso determinar o efeito *pro futuro* para as decisões de inconstitucionalidade da norma, pois após a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo, ele não mais pertenceria ao ordenamento jurídico, não podendo assim produzir qualquer efeito.

Por outro lado, há casos em que a aplicação da norma, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade pode ser exigida pela Constituição, como nas situações em que tal aplicação é indispensável até a edição de outra lei. Tem-se assim que a eficácia *pro futuro* evitaria a existência de “buracos negros” no ordenamento jurídico, concedendo-se tempo para que o Legislativo possa preencher a lacuna deixada pela lei julgada inconstitucional.

Critica-se, com acerto, a amplitude do efeito *pro futuro* previsto no artigo 27, sem limitações de tempo para eficácia da norma, após ela ser julgada inconstitucional. Todavia o dispositivo legal em tela pode ser aplicado à luz do princípio da proporcionalidade para que não se cometam excessos quanto ao tempo em que dita norma declarada inconstitucional possa ainda produzir efeitos.

Por fim, saliente-se que, se por um lado o direito brasileiro apresentou ao longo dos anos significantes alterações no que tange à modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma, por outro lado, e tendo em vista a controvérsia acerca do assunto, constata-se que o debate sobre ele está aberto à comunidade jurídica, para que ela possa contribuir, com suas valiosas considerações, para a evolução das idéias acerca do tema.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualização de José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRAGA, Valeschka e Silva. Principais repercussões da Emenda Constitucional N. 45 no controle de constitucionalidade Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, 2006, n° 32, jan./mar.2006. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero32/artigo09.pdf#search=%22%22principais%22%20e%20%22repercuss%C3%B5es%22%20e%20%22valeschka%22%22>>. Acesso em: 22 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso Extraordinário n° 93.356. Recorrente: Pantaleão Blanc Rinaldi. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, DF, 24 de março de 1981. *STF*, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 12 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Recurso Extraordinário n° 79.343. Recorrente: José Pereira César. Recorrido: Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu.

Brasília, DF, 31 de maio de 1977. *STF*, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 12 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.022-1. Requerente: Procurador-Geral da República. Recorrido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 02 de agosto de 2004. *STF*, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 03 fev. 2007.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 147.776. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Geralda Cardoso de Paula. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 19 de maio de 1998. *STF*, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 12 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial ADIN 2154-0. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 07.

\_\_\_\_\_. Petição inicial Adin n.º 2.258-0. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em :19 jan. 07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tributário. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 457.722-6. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Fama Rodovias e Transportes LTDA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 14 de junho de 2005. *STF*, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 05 fev. 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A lei nº 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: inaplicabilidade na fiscalização de normas de direito tributário. *Revista dialética de direito tributário*, São Paulo, n.59, pp.113-123, ag. 2000.

BUZUID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista dos Tribunais: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 4, n. 21, pp.7-39, out./dez. 1997.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo e julgamento da Adin e da ADC perante o STF, segundo a lei 9.868/99. *Revista do Tribunal de Contas da União*: Brasília, v. 31, n. 84, pp. 11-18, abr./jun. 2000.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

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

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n.76, pp.59-71, jun. 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através da lei ordinária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.56, pp.19-24, mai. 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 7, n. 27, pp. 183-208, abr./jun. 1999.

MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos de provimento final em sede de controle abstrato. *Revista da Esmape*, Recife, v.6, n.13, pp.291-309, jan./jun. 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n.º 9.868/99 de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.



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

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. Análise das Leis n<sup>o</sup>s 9.868/99 e 9.882/99. *Consulex: Revista Jurídica*, ano 5, n.º 1, pp. 35-41, mar. 2001.

\_\_\_\_\_. A nova proposta de regulamentação do controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal. *Direito Administrativo, contabilidade e administração pública*. Brasília, n. 11, pp. 45-51, nov.1999.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. 6.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t 6.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional: atualizada até a EC n<sup>o</sup> 48/05*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.



PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <[http://www.parlamento.pt/const\\_leg/crp\\_port/](http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/)>. Acesso em: 25 set. 2006.

REGO, Bruno Noura de Moraes. ADIn e ADC: comentários sobre a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Revista Dialética de Direito Tributário*: n. 60, pp. 36-67, set. 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCALZILLI, João Pedro. A eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade no controle abstrato. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, ano 8, n.12, pp.222-227, 2ª quin. jun. 2005.

SARMENTO, Daniel (Organizador). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Geovana Faza da. Repensando os efeitos temporais da declaração abstrata de inconstitucionalidade : análise a partir do plano normativo e no plano normado. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.9, pp.43-51, dez. 2003.

SORMANI, Alexandre. *Inovações da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.