

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**LUCAS OLIVEIRA LOPES DA MOTTA**

**A EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:  
Supremacia da Constituição *versus* segurança jurídica**

**Juiz de Fora  
2014**

**LUCAS OLIVEIRA LOPES DA MOTTA**

**A EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:  
Supremacia da Constituição *versus* segurança jurídica**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, na área de concentração em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Horta Tavares.

**Juiz de Fora**

**2014**

**LUCAS OLIVEIRA LOPES DA MOTTA**

**A EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:**

**Supremacia da Constituição *versus* segurança jurídica**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, na área de concentração em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Horta Tavares.

Aprovada em      de      de      .

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor Fernando Horta Tavares - Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Mestre Fernando Guilhon de Castro  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Mestre Karol Araújo Durço  
Universidade Federal de Juiz de Fora

A meu pai, Custódio.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Fernando Horta Tavares, pela dedicada orientação, ensinamentos e paciência, essenciais à feitura deste trabalho;

A todos os Professores que, de alguma forma, contribuíram para a minha formação, em especial os Professores Pedro Guzella, Brahwlio Mendes, Flávio Salles, João Becon e Mário Cesar Andrade, pela solicitude e boa vontade de sempre;

À Professora Waleska Marcy Rosa, pela competência e eficiência irretocáveis, como docente e como coordenadora do Curso de Direito noturno da UFJF;

À Bruna Moura, pela inseparável companhia e espontânea colaboração;

À minha família, por todo o apoio:

Muito obrigado.

“If something is not obviously impossible, then there must be a way of doing it.”

Nicholas Winton

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo perscrutar os fundamentos do posicionamento do direito brasileiro acerca da abrangência temporal da pronúncia judicial sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Nesse intento, serão abordadas diversas teorias sobre o tema, com foco especial na técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Para tanto, valemo-nos de antecedentes históricos do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, direito comparado, pesquisa bibliográfica e referências a importantes precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e do Supremo Tribunal Federal. Após nos posicionarmos sobre cada uma das questões abordadas, concluímos que um dos maiores desafios dos sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro e estrangeiros, não obstante suas peculiaridades, é encontrar o equilíbrio ideal entre a supremacia da Constituição e a segurança jurídica.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; supremacia da Constituição; segurança jurídica; nulidade da lei inconstitucional; modulação dos efeitos.

## **ABSTRACT**

The present paper aims to examine the foundations of the Brazilian law position concerning the temporal reach of the judicial enunciation on the constitutionality of a law or a normative act. In this purpose, several theories on the theme will be approached, with special focus on the effects variation of the unconstitutionality declaration technique. To do so, we make use of historical antecedents in the Brazilian judicial review, comparative law, bibliographic research and references to important precedents of the Supreme Court of the United States of America and the Supreme Federal Court. After having positioned on each of the issues dealt, we concluded that one of the greatest challenges of the Brazilian and worldwide judicial review systems, regardless of their peculiarities, is to find the ideal balance between the supremacy of the Constitution and the legal certainty.

**Keywords:** judicial review; supremacy of the Constitution; legal certainty; invalidity of the unconstitutional law; effects variation technique.

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
2	<b>SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO</b> .....	12
3	<b>SEGURANÇA JURÍDICA</b> .....	14
4	<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL</b> .....	16
4.1	CONSTITUIÇÃO DE 1824.....	16
4.2	CONSTITUIÇÃO DE 1891.....	16
4.2.1	<b>A lei inconstitucional nos Estados Unidos da América</b> .....	16
4.2.1.1	<i>A existência da lei inconstitucional</i> .....	17
4.2.1.2	<i>A importação do sistema estadunidense pelo direito brasileiro</i> .....	18
4.3	CONSTITUIÇÃO DE 1934.....	18
4.3.1	<b>A lei inconstitucional no sistema austríaco-kelseniano</b> .....	19
4.4	CONSTITUIÇÃO DE 1937.....	20
4.5	CONSTITUIÇÃO DE 1946.....	20
4.6	CONSTITUIÇÃO DE 1967.....	21
4.7	CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	21
5	<b>FLEXIBILIZAÇÃO DAS TEORIAS DA NULIDADE E DA ANULABILIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL</b> .....	23
5.1	NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	23
5.1.1	<b>Áustria</b> .....	24
5.1.2	<b>Estados Unidos</b> .....	24
5.1.3	<b>Espanha, Portugal e Alemanha</b> .....	25
5.2	NO DIREITO BRASILEIRO.....	26
5.2.1	<b>A modulação dos efeitos no controle concentrado-principal</b> .....	26
5.2.2	<b>A modulação dos efeitos no controle difuso-incidental</b> .....	27
5.2.3	<b>Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade</b> .....	29
6	<b>CONCLUSÃO</b> .....	30
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	33

## 1 INTRODUÇÃO

Uma criança de dez anos de idade vai ao mercado e compra um pacote de doces. Logo após, abre o pacote e ingere, um após outro, cada um daqueles doces, desfrutando de todas as deliciosas sensações provocadas pelos seus sabores. Igualmente a essa criança, outras milhares fazem o mesmo todos os dias, por todo o Brasil, movimentando uma fração da economia que não pode ser desconsiderada.

Acontece que as pessoas menores de dezesseis anos são, segundo nosso ordenamento jurídico, absolutamente incapazes. Essas compras não poderiam ter produzido efeitos válidos. Destarte, dirão uns que as compras devem ser consideradas como fatos inexistentes, isto é, fatos que, juridicamente, sequer existiram. Outros dirão que tais compras devem ser tidas como absolutamente nulas, o que implica em nulidade *ab initio*, desfazendo-se todos os atos com vistas a se retornar ao *status quo ante*. Outros, ainda, dirão que se trata de nulidade relativa, a qual só se verificará *pro futuro*, preservando-se todos os atos praticados até o momento do reconhecimento da nulidade.

Obviamente, o exemplo dado se verifica na prática todos os dias. Também é certo que nada acontecerá e as crianças continuarão comprando seus doces mais ou menos livremente. Essa singela figura de direito civil, todavia, resume uma das mais importantes questões do direito constitucional: a existência, a validade e a eficácia das leis inconstitucionais. Substituindo o ato tido como nulo – a compra – por uma lei e substituindo a norma legal que o ato infringe – a que prevê a incapacidade absoluta dos menores de dezesseis anos – por uma norma constitucional que vai de encontro à lei, verifica-se a figura da lei inconstitucional, sobre a qual a doutrina jurídica ainda não se definiu completamente quanto a sua existência, validade e eficácia.

Este estudo procurará demonstrar que, não obstante a boa intenção, nenhuma das três propostas acima aludidas representa uma solução perfeita. Desconsiderar a existência da lei (ou, no exemplo da compra da criança, do fato) é negar a realidade das coisas, é negar a própria vida (afinal, a criança efetivamente comprou o doce, comeu e desfrutou dele). Declarar a nulidade absoluta com efeitos retroativos é, em alguns casos, impossível e, em outros, temerária (no exemplo, é impossível à criança que comera os doces devolver o pacote para desfazer o negócio jurídico; de outro lado, seria extremamente temerário à segurança jurídica, devido ao perigo à economia nacional, a imposição do desfazimento de todos os negócios jurídicos celebrados por pessoas menores de dezesseis anos). Por fim, declarar a nulidade da lei com meros efeitos *pro futuro*, embora preserve a segurança jurídica das

relações, vai de encontro à supremacia da Constituição, pois é o mesmo que se admitir que a lei ordinária teve hierarquia igual ou mesmo superior à Constituição durante o tempo em que foi válida, não obstante ser contrária à Lei Maior.

Para vencer essas dificuldades, doutrinadores e aplicadores do direito têm criado alternativas, sendo que, no direito interno, uma das mais interessantes é a possibilidade de se modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei.

Essas alternativas e técnicas não surgiram de repente. Foram e vêm sendo cunhadas pela doutrina e pela jurisprudência com base na experiência jurídica concreta dos sistemas de controle de constitucionalidade adotados nos diversos países, experiência essa que acabou por escancarar, aos poucos, a insuficiência da adoção irrestrita da teoria da nulidade absoluta ou da teoria da anulabilidade da lei inconstitucional. A partir desta constatação, teóricos e aplicadores do direito passaram a compartilhar um denominador comum: a necessidade de se harmonizar o princípio da supremacia da Constituição com o princípio da segurança jurídica.

## 2 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

No dizer de Ferdinand Lassalle, “no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, mais firme e mais imóvel do que uma lei comum”<sup>1</sup>.

Baseando-se no magistério de Lassalle, Dirley da Cunha Júnior ensina que todos os países sempre possuíram e possuirão uma Constituição real e efetiva, no sentido sociológico (2014, p. 27). Isto porque em qualquer época e lugar, desde que haja um Estado, sempre houve e haverá um complexo de normas fundamentais que o organizarão.

A Constituição não se trata, portanto, de uma prerrogativa dos tempos modernos. A diferença que surgiu na modernidade foi o aparecimento das Constituições escritas, estabelecendo, em documento solene, todas as instituições e princípios de governo.

Posto isto, é importante destacar a natureza das normas constitucionais, qual seja: natureza jurídica, motivo pelo qual elas são dotadas de imperatividade, assim como as demais normas do ordenamento. Contudo, possuem uma característica peculiar em relação a todas as normas jurídicas não constitucionais, a saber: a supremacia.

São diversas as teorias que procuram explicar a supremacia da Constituição. Dentre elas, há os que afirmam que essa característica advém da fonte que a gerou: o poder constituinte originário. De fato, o poder constituinte originário é naturalmente soberano, na medida em que é um poder inicial – pois instaura uma nova ordem jurídica, rompendo, por completo, com a ordem jurídica anterior; autônomo – visto que a estruturação da nova constituição será determinada autonomamente; ilimitado – porque não tem de respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico anterior; incondicionado – porque não se submete a formas prefixadas de manifestação; político – por possuir natureza pré-jurídica; e permanente – tendo em vista que um novo “momento constituinte” pode ocorrer a qualquer momento.

Há, também, quem diga que a supremacia da Constituição advém da própria natureza de suas normas, na medida em que estas refletem a própria estrutura do poder político do Estado (CUNHA JR., 2014, p. 32). E há, ainda, a clássica teoria do escalonamento da ordem jurídica, na qual Kelsen afirma, sob uma perspectiva eminentemente formal e hierárquica, ser a Constituição a lei posta de caráter fundamental, fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas – residindo aí sua supremacia.

---

<sup>1</sup> A *Essência da Constituição*, p. 24.

Correlata à supremacia, surge a ideia da rigidez constitucional, segundo a qual para se alterar uma norma posta pelo poder constituinte, deve-se obedecer a um procedimento especial – mais solene e dificultoso do que o procedimento de alteração das leis não constitucionais. Isso tudo para preservar a supremacia da Constituição, pois, caso contrário, uma mera lei ordinária poderia revogar tacitamente uma norma constitucional, desestabilizando, assim, toda unidade que deve ter o sistema jurídico. No Brasil, todas as Constituições foram rígidas, com exceção da Constituição de 1824, considerada semirrígida – pois não exigia processo mais dificultoso para alteração de algumas matérias de que tratava<sup>2</sup>.

A principal consequência da supremacia das normas constitucionais é que “todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo” (CUNHA JR., 2014, p. 35). Isso significa que a norma infraconstitucional que fere norma constitucional se torna, por isto, norma inconstitucional, e, para a maioria da doutrina brasileira, absolutamente nula. Destarte, há de se ter um mecanismo que possa garantir esse controle sobre os atos e as normas editadas pelo Estado, com vistas a afastar do ordenamento jurídico aquelas que não se coadunam na forma e na matéria com a Constituição. Esse mecanismo é o controle de constitucionalidade, uma das maiores garantias da supremacia e da força normativa da Constituição nos tempos atuais.

Mas, como nada no direito é absoluto, também não o é a supremacia das normas de hierarquia constitucional. Há casos em que a lei, antes de ser considerada inconstitucional, produz seus efeitos, gerando importantes e, às vezes, imodificáveis consequências jurídicas e sociais. Nessas hipóteses, é de bom alvitre o temperamento da supremacia da Constituição – pois, se considerada a todo rigor, implicaria na nulidade absoluta da norma, com o desfazimento de todos os efeitos já produzidos por ela –, preponderando um outro princípio de valor social inquestionável: a segurança jurídica. Trata-se, portanto, de genuíno conflito principiológico, que, atualmente, a lei confere ao Supremo Tribunal Federal a solução, através da possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, conforme o art. 27 da Lei 9.868/99 – em relação à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade – e o art. 11 da Lei 9.882/99 – em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental –, como veremos com mais detalhes no capítulo 5.

---

<sup>2</sup> Art. 178, Constituição de 1824: É só Constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

### 3 SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica, assim como a supremacia da Constituição, não está radicado em nenhum dispositivo expresso do nosso ordenamento jurídico. Não obstante, trata-se de um pressuposto dos mais importantes para a própria existência do Estado de Direito.

Os doutrinadores o definem como um princípio geral de direito que, em dado momento histórico, infiltrou-se no ordenamento jurídico e passou a ser parte de sua própria essência, garantindo a previsibilidade dos acontecimentos, tão buscada pela sociedade desde os tempos mais remotos. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão, da coisa julgada, da usucapião, da irretroatividade da lei, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido são todos frutos desse princípio. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles”. E prossegue o citado autor:

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.<sup>3</sup>

Indubitavelmente, a realidade, o “mundo do ser” está em constante movimento, pois a vida é naturalmente dinâmica. Por isto, o direito não pode se fechar na ilusão da imutabilidade, outrora defendida pelos positivistas, pois deve acompanhar a dinamicidade das relações sociais. Deve sim proceder a inovações; porém, em nome da segurança jurídica, causando o menor trauma possível às relações e fatos jurídicos passados que já produziram seus efeitos ou que dependem da superveniência de efeitos futuros previstos (MELLO, 2011, p. 125).

---

<sup>3</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 124.

É por isso que o princípio da segurança jurídica impõe um freio, ou seja, uma mitigação do princípio da supremacia da Constituição, pois, não obstante a proclamada nulidade absoluta da lei declarada inconstitucional, há, em determinados casos, efeitos produzidos que devem ser preservados, a bem dessa segurança sobredita.

## 4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

### 4.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

Sob a vigência da Constituição Imperial<sup>4</sup> (1824), o Brasil não conheceu do controle jurisdicional de constitucionalidade. As influências francesa e inglesa ensejaram um controle exclusivamente político, cabendo, pois, aos Poderes Legislativo e Executivo velar na guarda da Constituição (MENDES, 2010, pp. 1193-1194). Da França, o Brasil importou o dogma da rígida separação dos poderes. Por sua vez, a influência inglesa contribuiu para a ausência de controle jurisdicional devido ao dogma da supremacia do Parlamento, o qual tinha a atribuição de fazer, suspender e revogar leis, e, inclusive, interpretá-las (CUNHA JR., 2014, p. 91). Havia, ainda, a figura do Poder Moderador, atribuído ao Imperador, ao qual cabia resolver os conflitos envolvendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

### 4.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com a instauração da República, o panorama mudou. É inquestionável a influência do direito estadunidense sobre personalidades da época, juristas e entusiastas do modelo republicano – máxime Rui Barbosa –, influência esta que resultou na consagração (e posterior consolidação) do modelo difuso do controle jurisdicional na Constituição de 1891<sup>5</sup> (MENDES, 2010, pp. 1194-1196). Convém lembrar que este controle já aparecera na Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto nº 510, art. 58, §1º, alínea *b*). Cientes da influência norte-americana, teceremos, desde já, algumas considerações acerca do tratamento conferido à lei inconstitucional pela doutrina estadunidense.

#### 4.2.1 A lei inconstitucional nos Estados Unidos da América

Muito embora a Constituição dos Estados Unidos da América possua dispositivo expresse consagrando a supremacia da Constituição daquele país (artigo VI, cláusula 2ª), a majoritária doutrina constitucional entende que o controle difuso de constitucionalidade nasceu com o precedente *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, de relatoria do Chefe de

---

<sup>4</sup> V. arts. 15, VIII e IX, e 98 da Constituição de 1824.

<sup>5</sup> V. arts. 59, §1º, *a* e *b*, e 60, *a*, da Constituição de 1891, e art. 13, §10, da Lei 221 de 20-11-1894.

Justiça, John Marshall. Essa decisão consagrou o sistema da *judicial review* e da nulidade absoluta da lei inconstitucional. Não havia meio termo: “ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos do legislativo que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode mudá-la ao seu gosto através da lei ordinária”<sup>6</sup>.

A doutrina estadunidense referendou tal posicionamento, afirmando a nulidade da lei inconstitucional ou, até, a sua inexistência, como afirmava o influente constitucionalista Westel W. Willoughby. Contudo, na segunda metade do século seguinte essa teoria foi mitigada, como será exposto mais à frente.

Impende abrir um parêntesis para expor a inadequação do entendimento defendido por Willoughby.

#### 4.2.1.1 A existência da lei inconstitucional

A questão da existência ou inexistência da lei inconstitucional é, antes de tudo, um problema lógico: para se atribuir a qualidade da nulidade ou da anulabilidade a algo, é preciso, antes, que algo exista. Citando Pontes de Miranda, Marcelo Neves salienta: “Defeituosidade não é inexistência. Para ter defeito, ou defeitos, é preciso existir”; “Nulo e anulável entram; o que não entra é o que não existe e, por isso mesmo, se diz inexistente”<sup>7</sup>. Embora Pontes de Miranda tenha se referido aos atos jurídicos, a ideia é perfeitamente aplicável às normas jurídicas. O termo “existência”, entretanto, não se mostra ideal, pois a norma jurídica não tem existência em si mesma, mas somente enquanto elemento pertencente a um ordenamento jurídico, detentor de um mínimo de eficácia (NEVES, 1988, pp. 41-42).

No mesmo sentido é o magistério de Miguel Reale sobre os atos jurídicos:

O ato inexistente, na realidade, carece de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda em formação, devendo ser declarada a sua *não-significação jurídica*, se alguém o invocar como base de uma pretensão. Os atos nulos ou anuláveis, ao contrário, já reúnem todos os elementos constitutivos, mas de maneira aparente ou inidônea a produzir efeitos válidos, em virtude de vícios inerentes a um ou mais de seus elementos constitutivos.<sup>8</sup>

Partindo da ideia de *complexo normativo originário* – “a totalidade das normas postas pelo poder constituinte originário” –, Marcelo Neves esclarece que são pertencentes ao

---

<sup>6</sup> Dirley da Cunha Júnior, *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 7ª ed. Bahia: Juspodvm, 2014.

<sup>7</sup> *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 41-42.

<sup>8</sup> *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 206-208.

ordenamento jurídico todas as normas que retroagem, ainda que irregularmente, ao *núcleo normativo originário* – “conjunto de normas que instituem os órgãos e/ou fatos costumeiros básicos de produção normativo-jurídica no interior do sistema”. Conclui que “uma norma pertence ao ordenamento jurídico quando emana de um ato formal de órgão do sistema, isto é, de órgão previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário, e ainda não foi desconstituída por invalidade ou revogada”<sup>9</sup>.

#### 4.2.1.2 A importação do sistema estadunidense pelo direito brasileiro

A nulidade absoluta da lei – às vezes confundida com impertinência ao ordenamento jurídico – foi alçada à posição de consequência lógico-necessária da declaração de inconstitucionalidade. E os juristas brasileiros da época, sem adentrarem no mérito dos fundamentos dessa teoria da nulidade, limitaram-se a reproduzir a prática e o magistério norte-americanos, numa autêntica adaptação dogmática (MENDES, 1990).

Um grande dificultador do sistema de controle de constitucionalidade instaurado no Brasil foi a quantidade de decisões contraditórias. É que, diferentemente do direito dos Estados Unidos, oriundo do *common law*, no Brasil não vigorava o princípio do *stare decisis*, o qual permite a objetivação da decisão da Suprema Corte. Assim, no Brasil, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade eram limitados às partes em litígio (*inter partes*), o que ocasionou diversas sentenças contraditórias e o que acabava por enfraquecer a força normativa da Constituição. Procurou-se, portanto, resolver esse problema a partir da disposição prevista na Constituição seguinte, segundo a qual caberia ao Senado Federal suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

### 4.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934<sup>10</sup>, apesar de sua curtíssima duração, buscou romper com a tradição da velha democracia liberal, instituindo uma democracia social (ou, ao menos, equilibrando os dois modelos), cujo maior paradigma era a Constituição de Weimar (BASTOS, 1997, p. 113). O Brasil, portanto, deixava de direcionar seus olhos exclusivamente para a América do Norte, para observar mais de perto a experiência política europeia. Foi então que a doutrina de Kelsen passou a influenciar sobremaneira legisladores e juristas

<sup>9</sup> *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 24-25 e 46.

<sup>10</sup> V. arts. 91, IV, 96 e 179 da Constituição de 1934.

brasileiros<sup>11</sup>. Sem dúvida, se é autorizado dizer que nosso controle difuso de constitucionalidade é de origem *marshalliana*, pode-se afirmar, no mesmo diapasão, que nosso controle concentrado tem origem *kelseniana*.

Nesse sentido, ao modelo de controle difuso já consolidado, acrescentou-se, além da já mencionada competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, a regra do *full bench* (ou cláusula de reserva de plenário) e a representação interventiva<sup>12</sup> – um primitivo controle de constitucionalidade concentrado, cuja representação estava confiada ao Procurador-Geral da República e condicionada à violação de princípios constitucionais sensíveis por alguma lei estadual. Trata-se de um protótipo do controle abstrato hodierno.

Dada a grande influência do mestre de Viena, impende destacar sua posição quanto à lei inconstitucional e ao sistema que concebeu para extirpá-la do ordenamento jurídico, cuja influência abarcou diversos países mundo afora, como Alemanha (1949), Chipre (1960), Turquia (1961), Iugoslávia (1963), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), República Eslovaca (1992), Romênia (1992), Eslovênia (1993), Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003) (CUNHA JR., 2014, pp. 75-76).

#### 4.3.1 A lei inconstitucional no sistema austríaco-kelseniano

De maneira semelhante à doutrina estadunidense nesse aspecto, Kelsen afirmava que a lei inconstitucional, antes de um injusto, era um nada jurídico. Porém, quando convidado pelo governo austríaco para elaborar um anteprojeto à Constituição daquele país, Kelsen reformulou sua teoria nesse ponto, afirmando que a lei inconstitucional é uma lei anulável, isto é: uma lei que, muito embora defeituosa, gerará seus efeitos até ser efetivamente anulada pelo Tribunal Constitucional. Todos os efeitos já produzidos deveriam ser, portanto, preservados.

Kelsen recebeu críticas de constitucionalistas, como Ipsen, que afirmou que tal reformulação de sua teoria não tem natureza teórica, mas puramente dogmática, por se tratar de um projeto de solução para um problema concreto e, por conseguinte, de uma assertiva

---

<sup>11</sup> O então deputado Nilo Alvarenga chegou a propor, na Constituinte de 34, a criação de um Tribunal Constitucional no molde kelseniano, com competência para julgar pedido de arguição de inconstitucionalidade formulado por qualquer sujeito de direito (v. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Filho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1197, nota 15).

<sup>12</sup> V. arts. 12, §2º, e 41, §3º, da Constituição de 1934.

dogmática (MENDES, 1990, pp. 19-21). De todo modo, a Constituição austríaca de 1920 consagrou a anulabilidade da lei inconstitucional – e não a nulidade, como no sistema estadunidense.

Contudo, a Constituição austríaca na qual o constituinte brasileiro buscou inspiração já havia passado pela reforma constitucional de 1929, pela qual a Áustria mitigara a anulabilidade da lei inconstitucional, admitindo, em diversas hipóteses, a sua absoluta nulidade, o que implica a não preservação dos efeitos já produzidos. Isto apenas reforçou a teoria da nulidade absoluta, na qual o Brasil originariamente se inspirara. Essa mencionada mitigação que ocorreu na Áustria também será melhor analisada no capítulo 5.

#### 4.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Carta de 1937, imposta autoritariamente, trouxe um retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade já instaurado. Possibilitou ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão do Judiciário que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei, desde que o Presidente da República tomasse a iniciativa e obtivesse a confirmação pelo voto de dois terços do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Ironicamente, o Poder Legislativo não funcionou nessa época. Além disso, a Carta não cuidou da representação interventiva e nem da suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional. Em seu art. 94, vedou expressamente ao Poder Judiciário conhecer das questões “exclusivamente políticas” (CUNHA JR., 2014, p. 94).

#### 4.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Foi na Constituição de 1946<sup>13</sup> que se inaugurou o verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade – mais especificamente, com a Emenda Constitucional 16/65, através da representação de inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade). Além de atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei federal ou estadual encaminhada pelo Procurador-Geral da República, autorizou a adoção, pelos Estados federados, do controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais em face das Constituições estaduais, de competência dos Tribunais de Justiça (CUNHA JR., 2014, p. 95).

---

<sup>13</sup> V. art. 101 da Constituição de 1946 c/c art. 2º da Emenda Constitucional 16/65.

Além disso, a Constituição de 1946 manteve o controle difuso-incidental e a representação interventiva, derrubou a arbitrária norma do art. 96 da Constituição anterior e restaurou as inovações trazidas pela Constituição de 1934, reafirmando a supremacia do Poder Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade.

Consagrou, portanto, o modelo misto de controle de constitucionalidade que vigora até os dias atuais, combinando os sistemas difuso-incidental (de competência de todos os juízes e tribunais nos casos concretos) e concentrado-principal (de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal em face de conflito de ato normativo federal ou estadual com a Constituição Federal e dos Tribunais de Justiça em face de conflito de ato normativo municipal com as Constituições Estaduais) (CUNHA JR., 2014, p. 95).

#### 4.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Constituição de 1967 não trouxe muitas modificações ao modelo de controle de constitucionalidade já instaurado. As duas novidades mais significativas foram introduzidas pela Emenda Constitucional 07/77: a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, de competência do Supremo Tribunal Federal, e a previsão de concessão de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade – a primeira extinta e a segunda mantida pela Constituição de 1988 (CUNHA JR., 2014, p. 96).

#### 4.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988<sup>14</sup>, não alterou as bases do então sistema de controle de constitucionalidade, mantendo a combinação dos métodos *difuso-incidental* e *concentrado-principal* (CUNHA JR., 2014, p. 96).

Além da origem (estadunidense e austríaca, respectivamente), esses dois métodos se distinguem nos seguintes aspectos: o primeiro é *difuso* – todo juiz e tribunal tem competência para exercer o controle –, *incidental* – a inconstitucionalidade é alegada como pedido incidental, isto é, via exceção ou defesa, representando genuína questão prejudicial ao pedido principal da lide –, *concreto* – o controle é feito no bojo de um caso concreto – e *subjetivo* – as partes em litígio são interessadas na decisão da (in)constitucionalidade, que poderá beneficiá-las ou prejudicá-las. Já o segundo é *concentrado* – somente tem competência

---

<sup>14</sup> V. arts. 102, I, a, §1º, e 103, I a IX, §2º, da Constituição de 1988.

para exercer o controle o Supremo Tribunal Federal (se o ato normativo impugnado estiver em confronto com a Constituição Federal) ou os Tribunais de Justiça (se o ato normativo impugnado estiver em confronto com uma constituição estadual) –, *principal* – a declaração da (in)constitucionalidade se trata do pedido principal do processo –, *abstrato* – o controle não se verifica mediante um caso concreto, mas sim a partir da análise objetiva da lei, sem individualizar as circunstâncias e os seus destinatários – e *objetivo* – não há interesses subjetivos no processo (daí alguns autores afirmarem que não se pode nem falar em “partes” no controle abstrato<sup>15</sup>), pois a única finalidade é a higidez do ordenamento jurídico com fulcro na Constituição.

Muito embora tenha mantido o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 provocou uma significativa restrição ao controle difuso, privilegiando o controle concentrado através da previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao lado da já existente ação direta de inconstitucionalidade por ação; da ação declaratória de constitucionalidade; da arguição de descumprimento de preceito fundamental; mantendo a ação direta de inconstitucionalidade interventiva; e, principalmente, quebrando o monopólio outorgado ao Procurador-Geral da República, através da significativa ampliação do rol de legitimados para a propositura dessas ações diretas (CUNHA JR., 2014, pp. 97 e 97; e MENDES, 1990, pp. 1212-1214).

A Constituição atual não tratou expressamente sobre a nulidade ou anulabilidade da lei tida por inconstitucional. Todavia, a doutrina majoritária continuou afirmando a nulidade absoluta da lei inconstitucional, nos mesmos moldes da importada doutrina estadunidense do final do século XIX. Essa ideia, porém, veio a ser mitigada, conforme veremos a seguir.

---

<sup>15</sup> Mas há quem defenda que os *amici curiae* fazem verdadeiro papel de “partes”, na medida em que têm interesse direto no deslinde do feito.

## 5 FLEXIBILIZAÇÃO DAS TEORIAS DA NULIDADE E DA ANULABILIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL

Percebe-se, nos países dos quais o Brasil herdou seu sistema de controle de constitucionalidade, que nenhum modelo de controle conseguiu se manter fiel à doutrina originária sobre a eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade e, conseqüentemente, quanto à validade e aos efeitos da lei tida como inconstitucional.

Isso se deve à constatação de que a supremacia da Constituição nem sempre deveria prevalecer sobre a segurança jurídica e vice-versa. Pedro Lenza, citando Mauro Cappelletti, enumera algumas das situações que desafiaram uma solução aos aplicadores do direito:

Como ficariam todos os atos praticados, durante longos anos, sob a vigência de uma lei que venha a ser declarada inconstitucional? Como resolver a questão de um contrato que tenha sido celebrado e servido de base para a prestação de um serviço público por longos anos? Como ficarão os efeitos da lei? Como sustentar o cumprimento de uma pena que tenha fundamento em lei que venha a ser declarada inconstitucional? Que fazer com os efeitos já consolidados? E a coisa julgada? E o mínimo de certeza e estabilidade que todas as relações jurídicas devem ter?<sup>16</sup>

É curioso notar que isso só foi assimilado nos ordenamentos jurídicos após um certo tempo (mais ou menos longo). Isto é, a experiência do exercício do controle de constitucionalidade nos diversos países, de sistemas distintos, propiciou o próprio desenvolvimento desses sistemas, que hoje têm muito mais em comum do que na sua gênese.

### 5.1 NO DIREITO ESTRANGEIRO

É interessante observar o movimento diametralmente oposto que ocorreu nos sistemas estadunidense e austríaco de controle de constitucionalidade, relativamente aos efeitos da decisão judicial sobre a lei inconstitucional. Enquanto o primeiro, que consagrara a nulidade absoluta da norma contrária à Constituição, passou a conceber a preservação dos efeitos já produzidos por ela, o segundo, que afirmara a mera anulabilidade da lei inconstitucional, passou a admitir a desconsideração de todos os seus efeitos, inclusive os retroativos. Senão, vejamos.

---

<sup>16</sup> *Direito Constitucional esquematizado*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

### 5.1.1 **Áustria**

Conforme mencionado, Kelsen afirmara, inicialmente, que a lei inconstitucional era um nada jurídico. Contudo, quando do anteprojeto da Constituição austríaca, de 1920, reformulou sua tese, defendendo que a lei inconstitucional deveria ser anulada, com a preservação de seus efeitos já produzidos.

De fato, o art. 140, seção 4ª, da Constituição austríaca previu que a decisão do Tribunal Constitucional daquele país no sentido da inconstitucionalidade da lei tem efeitos *ex nunc*, constitutivos, de anulabilidade, genéricos, podendo produzir efeitos repristinatórios. Isto significa que antes da declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional a lei é válida e, conseqüentemente, eficaz, dada a natureza não retroativa daquele pronunciamento. Ademais, o art. 140, seção 3ª, da Constituição austríaca confere discricionariedade ao Tribunal Constitucional para dispor que a anulação da lei só se opere a partir de uma data posterior, desde que não ultrapasse um ano da publicação de sua decisão (CUNHA JR., 2014, pp. 80-81).

Porém, a reforma constitucional de 1929 atenuou a regra que negava qualquer retroatividade às decisões e pronunciamentos da Corte Constitucional. Essa reforma atribuiu legitimidade a dois órgãos de cúpula da justiça ordinária austríaca para provocar junto à Corte Constitucional o controle de constitucionalidade de leis questionadas nos casos concretos que estavam julgando. Trata-se de um verdadeiro incidente de inconstitucionalidade, hipótese em que a Constituição austríaca passou a admitir que a lei declarada inconstitucional também não se aplicasse em relação aos fatos ocorridos antes da decisão, decisão esta que passava a ostentar natureza declaratória (CUNHA JR., 2014, p. 81).

### 5.1.2 **Estados Unidos da América**

Nos Estados Unidos, não foi propriamente uma reforma no direito positivo que levou à mitigação de sua teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional, mas sim um *leading case*. Trata-se do caso *Likletter v. Walker* (1965).

A polêmica se iniciou com o julgamento do caso *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961), no qual a Suprema Corte entendeu, com base na 4ª Emenda, que a prova obtida por ações ilegais da polícia não poderia ser considerada no juízo penal, fosse nas cortes federais, como também nas estaduais. Com base nesse precedente, foi pedido, no caso *Likletter v. Walker*, que se considerasse ilegal a obtenção de uma prova por arrombamento, o que foi

indeferido, importando em uma insofismável atenuação ao rígido princípio da nulidade absoluta da lei. Pedro Lenza, citando Gilmar Mendes, transcreve parte da justificativa da Suprema Corte dos Estados Unidos nessa decisão:

(...) uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de “depreciar” a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que “na vida da lei não existe lógica: o que há é a experiência” (*United States Reports*, 381:629)<sup>17</sup>.

A partir de então, passou-se a admitir o sopesamento da rigorosa teoria da nulidade absoluta, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte dos Estados Unidos tinha natureza declaratória e produzia efeitos *ex tunc*.

### 5.1.3 Espanha, Portugal e Alemanha

Na Espanha, a regra é a da nulidade. Todavia, Garcia de Enterría destaca que há hipóteses de efeito *ex nunc* da decisão e da *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, cujo precedente é a *Sentença 45/1989*.

Portugal também tem como regra geral a nulidade absoluta. Não obstante, há expressa autorização constitucional (art. 282, nº 4, da Constituição de Portugal) permitindo a modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade, bem como a desconstituição da coisa julgada em determinadas matérias, desde que haja expressa determinação do Tribunal Constitucional nesse sentido

A Alemanha, assim como Portugal e Espanha, adotou o princípio da nulidade absoluta da norma inconstitucional. Porém, doutrina e jurisprudência alemãs criaram e adotaram diversas técnicas no sentido de atenuar tal princípio, como a *situação ainda inconstitucional* e a *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade*.

---

<sup>17</sup> Direito Constitucional Esquematizado. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 279, nota 19.

## 5.2 NO DIREITO BRASILEIRO

### 5.2.1 A modulação dos efeitos no controle concentrado-principal

No Brasil, nunca houve disposição expressa definindo se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade eram retroativos ou somente prospectivos. Todavia, a doutrina majoritária tratou logo de afirmar a nulidade absoluta da lei, devido à grande influência do sistema estadunidense desde a Constituição de 1891. Assim, os doutrinadores consideram que a pronúncia da Justiça brasileira da inconstitucionalidade de uma norma jurídica tem natureza declaratória e que, conseqüentemente, produz efeitos *ex tunc*.

Porém, o Brasil não ficou indene a essa necessidade de se adequar a supremacia da Constituição à segurança jurídica. Foi assim que, baseando-se na própria doutrina jurídica dos Estados Unidos – que mitigara sua teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional –, a doutrina nacional começou a repensar o rigor excessivo da nulidade absoluta. O Supremo Tribunal Federal passou a temperar, com parcimônia, tal teoria.

À míngua de norma expressa sobre o tema, foi proposta na Assembleia Constituinte de 1986-88 uma regra que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a decisão que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei teria eficácia *ex tunc* ou somente a partir da data de sua publicação. Tal proposta, contudo, foi rejeitada (CUNHA JR., 2014, p. 222).

Em 1999 o legislador legalizou a tendência jurisprudencial de temperar a regra da nulidade. A Lei 9.868/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, previu o seguinte:

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 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 do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em relação à medida cautelar, previu que:

Art. 11. (...)

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

No mesmo sentido, a Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, previu que:

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

Alguns doutrinadores não pouparam críticas quanto à constitucionalidade esses dispositivos. O professor Edvaldo Brito<sup>18</sup> reputa inconstitucionais os arts. 11 e 27 da Lei 9.868/99, porque com base neles é possível se verificar uma situação jurídica absurda: uma decisão provisória com efeito *ex tunc* seguida de uma sentença de mérito com efeito *ex nunc*. Questiona também o instrumento normativo pelo qual foi veiculada a possibilidade da modulação dos efeitos, qual seja, lei ordinária. Segundo Brito, o Supremo Tribunal Federal recebe a legitimidade para fazer o controle de constitucionalidade diretamente da Constituição; portanto, a possibilidade de deliberar sobre os efeitos da decisão deveria ser prevista por uma norma constitucional.

Todavia, no geral essa solução foi muito festejada pela doutrina, a qual a denominou de *técnica da modulação dos efeitos da decisão*. De fato, ela acabou por proporcionar uma solução mais condigna à realidade em diversos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, naqueles casos em que o princípio da segurança jurídica clama alto pela preservação dos efeitos já produzidos pelo ato normativo incompatível, formal ou materialmente, com a Lei Maior.

### 5.2.2 A modulação dos efeitos no controle difuso-incidental

Não obstante a festejada inovação trazida pela possibilidade de se atenuar a nulidade absoluta da lei inconstitucional através da modulação dos efeitos, o legislador se omitiu em relação à aplicação dessa técnica ao controle difuso de constitucionalidade,

---

<sup>18</sup> V. Prefácio da obra de Dirley da Cunha Júnior. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 7ª ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

restringindo-a às ações direitas, isto é, ao controle de constitucionalidade concentrado e principal, tendo em vista que as Leis 9.868/99 e 9.882/99 se referem, respectivamente, às ações direta de constitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Poder Judiciário passou, então, a aplicar, casuisticamente, o art. 27 da Lei 9.868/99, por analogia, para mitigar a nulidade absoluta da lei inconstitucional também no controle difuso. O precedente destacado pela doutrina é o Recurso Extraordinário 197.917/SP, de 06/06/2002. No caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou uma ação civil pública para reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, que tinha 2.651 habitantes e 11 vereadores – 2 a mais do que o limite constitucional. O então relator do processo, Ministro Maurício Corrêa, ponderou que:

(...) a declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica (...)

Entendemos como acertada a posição que, à míngua de disposição constitucional ou legal expressa, vale-se da técnica da analogia para modular os efeitos da decisão, o que possibilita a mitigação do excessivo rigor da nulidade absoluta da lei inconstitucional também no controle difuso de constitucionalidade.

Essa tendência ganhou ainda mais força com o crescente movimento de “abstrativização” do controle difuso, por meio de instrumentos como a edição de súmulas vinculantes e, mormente, o requisito da repercussão geral para admissão de recursos extraordinários, criada com a Emenda Constitucional 45/04. Deveras, a repercussão geral, mais que um requisito de admissibilidade, trata-se de verdadeiro “objetivador” das decisões em sede de recurso extraordinário, uma vez que impõe a superação dos limites subjetivos da lide, para que o Supremo Tribunal Federal não tenha de se manifestar em casos de pouca relevância à coletividade, mas tão somente naqueles em que esteja em jogo a ordem jurídica constitucional do país. Não é à toa que – sem entrar no mérito do acerto ou desacerto de sua posição – o Ministro Gilmar Mendes defendeu, na Reclamação Constitucional 4.335-5/AC, a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, para entender que, ao Senado Federal, compete apenas a publicação da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal,

sendo que a suspensão dos efeitos da lei declarada inconstitucional ocorreria automaticamente à decisão – seus pares, todavia, não aderiram a seu posicionamento, conforme o julgamento final ocorrido em 20 de março de 2014.

### 5.2.3 Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade

Apesar da ausência de previsão legal nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se utilizou, algumas vezes, da técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, adotada por alguns ordenamentos jurídicos europeus. Ela é aplicada naqueles casos em que a situação que ensejou a propositura da ação direta se mostrar, quando do julgamento, como fato consolidado ou puder possibilitar um agravamento no seu estado de inconstitucionalidade caso pronunciado seus efeitos (CUNHA JR., 2014, p. 226).

Importante exemplo da aplicação dessa técnica no direito brasileiro se extrai da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.316, de relatoria do Ministro Eros Grau, publicada no *DJ* de 29/06/07, ementada nos seguintes termos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18/ § 4º, da Constituição do Brasil. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. (...) Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso.

Dirley da Cunha Júnior ainda aponta os seguintes precedentes: ADI 3.689, *DJ* de 29/06/07; ADI 2.240, *DJ* de 03/08/07; e ADI 3.489, *DJ* de 03/08/07; todos da relatoria do Ministro Eros Grau (CUNHA JR., 2014, p. 226).

## 6 CONCLUSÃO

Este trabalho abordou os principais fundamentos que subsidiaram a atual conformação, no ordenamento jurídico pátrio, da eficácia temporal da decisão declaratória de inconstitucionalidade, sem a pretensão de esgotar o tema.

Após a Introdução, dissertamos, nos capítulos 2 e 3, respectivamente, sobre os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, aos quais reputamos a qualidade de essenciais à própria essência do hodierno Estado Democrático de Direito.

No capítulo 4, procedemos a uma análise da evolução histórica do controle de constitucionalidade brasileiro, na qual destacamos as inovações trazidas pelas Constituições de 1891, 1934 e 1946, esta última com a Emenda Constitucional 16/65. Rechaçamos a afirmativa de que a lei inconstitucional é um “nada jurídico” e demonstramos, sucintamente, que o Brasil importou dois sistemas peculiares: o controle difuso-incidental dos Estados Unidos e o controle concentrado-principal da Áustria. Ambos se distinguem, respectivamente, no seguinte: i. decisão tem eficácia declaratória *x* decisão tem eficácia constitutiva; ii. a lei inconstitucional é ato nulo *x* a lei inconstitucional é ato anulável; e iii. invalidação *ab initio* dos atos praticados com base na lei inconstitucional *x* invalidação da lei apenas a partir da decisão judicial, preservando-se os atos já praticados com base nela.

Percebe-se que essa dicotomia tem fundamento nos dois princípios supramencionados. Deveras, o princípio da supremacia da Constituição dá vazão à ideia da rigidez da Constituição, segundo a qual a norma constitucional não pode ser alterada ou preterida por uma lei de hierarquia inferior. Assim, a norma incompatível, formal ou materialmente, com a Constituição deve ser considerada nula *ab initio*, para se garantir a supremacia da Lei Maior. Daí a teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional. Por outro lado, o princípio da segurança jurídica impõe a preservação dos efeitos já consolidados, mesmo que baseados em uma lei declarada inconstitucional, para que as relações sociais não sejam abaladas por uma imprevisibilidade indesejada. Desse modo, a norma impugnada deve ser anulada, preservando-se todos os atos baseados nela até o momento da decisão (ou da publicação desta). Daí a teoria da anulabilidade da lei inconstitucional.

A partir do capítulo 5, passamos a analisar a flexibilização desses sistemas. Devido a motivos histórico-políticos que não são objetos deste trabalho, os Estados Unidos priorizaram a supremacia da Constituição e a Áustria, a segurança jurídica. É interessante observar, contudo, que, enquanto na Áustria a teoria da anulabilidade da lei inconstitucional foi mitigada em menos de uma década (entre a Constituição austríaca de 1920 e a reforma

constitucional de 1929), nos Estados Unidos a teoria da nulidade absoluta levou mais de 160 anos para ser temperada (considerando o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, e o caso *Linkletter v. Walker*, cujo julgamento ocorreu em 1965).

O Brasil, embora tenha adotado o controle difuso e o concentrado, e apesar da ausência de previsão expressa, adotou de forma implícita, conforme a doutrina majoritária, a teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional como regra geral.

Corroboramos esse posicionamento, pois sempre que se preserva os efeitos produzidos por uma lei inconstitucional, ainda que totalmente irrelevantes, a supremacia e a força normativa da Constituição são afetadas. Em outras palavras, ao se considerar válida uma lei inconstitucional, durante o tempo que for, e independentemente dos seus efeitos jurídicos, há indiscutível ofensa ao princípio da supremacia. Essa ofensa prescinde dos acontecimentos no “mundo dos fatos”, diferentemente da ofensa à segurança jurídica – ou, ao menos, de uma ofensa digna de consideração. A segurança jurídica só será afetada a ponto de ter de se sobrepor à supremacia da Constituição quando as consequências negativas da declaração da nulidade absoluta da lei forem de tal monta que façam com que o interesse na não declaração da nulidade supere o interesse social na manutenção plena da rigidez da Constituição. Este é o motivo pelo qual a absoluta nulidade da lei inconstitucional deve ser a regra e, a anulabilidade, a exceção.

Após o Supremo Tribunal Federal passar a temperar jurisprudencialmente tal regra e após a rejeição da proposta da possibilidade da modulação, na Assembleia Constituinte de 1986-88, o legislador ordinário previu a opção da modulação nos arts. 11 e 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99. Apesar dos inegáveis benefícios práticos causados por esses dispositivos, compartilhamos da afirmação de alguns constitucionalistas de que tais artigos são formalmente inconstitucionais. É que, não obstante a possibilidade de lei ordinária regular o processamento das ações diretas, entendemos que a modulação dos efeitos da decisão é matéria a ser tratada exclusivamente pela Constituição (conforme é feito na Áustria e em Portugal, por exemplo), pois trata da possibilidade de se relativizar sua supremacia, sua rigidez e sua força normativa, o que só pode ser permitido por ela mesma, e nunca por uma norma infraconstitucional.

Superada essa questão, é imperioso destacarmos a infelicidade do art. 27 da Lei 9.868/99 e do art. 11 da Lei 9.882/99, quando preveem: “ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Entendemos que essa norma, na forma como está redigida, confere poderes excessivos ao Supremo Tribunal Federal, pois este, em tese, pode determinar que os efeitos da

declaração de inconstitucionalidade só se operem daqui a um, dez, cinquenta ou cem anos, por exemplo, após o trânsito em julgado da decisão; isto é, a norma permite que a Corte Constitucional se volte contra a própria Constituição, durante o tempo que quiser. Assim sendo, defendemos a necessidade de o constituinte reformador fixar o prazo máximo que a lei inconstitucional poderá continuar produzindo efeitos após o trânsito em julgado da decisão que declarou sua inconstitucionalidade (como já mencionado, a Constituição austríaca tem previsão expressa nesse sentido, definindo o prazo máximo de um ano).

Finalmente, concluímos que a flexibilização da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, positivada no Brasil pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, não se trata de caso isolado. Embora cada ordenamento jurídico possua suas peculiaridades, o que é natural, é fácil encontrar, no direito comparado, uma plêiade de exemplos semelhantes, seja da mitigação da teoria da nulidade absoluta, seja da teoria da anulabilidade. E a razão disso é mais ou menos simples: é que ambas as teorias se baseiam em dois princípios essenciais ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, a supremacia da Constituição e a segurança jurídica. E, embora os teóricos não tenham previsto isto de início, é fato constatado que esses princípios eventualmente se chocam, demandando uma solução mais fidedigna aos anseios da sociedade atual.

Ousamos discordar de Ipsen, quando afirmou que a reformulação teórica levada a cabo por Kelsen se tratava de mera adaptação dogmática, bem como da justificativa da Suprema Corte dos Estados Unidos quando do julgamento do caso *Likletter v. Walker*, em que afirmou que “na vida da lei não existe lógica, mas somente a experiência”. Não é por que uma teoria preconcebida não foi capaz de solucionar um imbróglio que ela não pode ser alterada, e o fato de as teorias não terem funcionado não autorizam o homem a negar a lógica que sempre imperou nas relações sociais.

É necessário humildade para admitir a falibilidade de suas teorias e, então, buscar aperfeiçoá-las, como fez Kelsen e como fez a própria Suprema Corte dos Estados Unidos. Afinal, a vida não deve se adequar ao direito, mas o direito sim deve se adequar à lógica e às demandas da vida em sociedade.

Apesar de alguns já terem sido superados, o conflito da supremacia da Constituição e da segurança jurídica continua suscitando novos desafios aos aplicadores do direito. A grande discussão da atualidade é quanto à possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional. Que floresçam os estudos, as discussões doutrinárias e, finalmente, as teorias. E que prevaleça aquela que mais se conforme à lógica da sociedade contemporânea.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 7 ed. Bahia: Juspodivm, 2014.

KELSEN, Hans; **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.