

**Universidade Anhanguera- Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
Efeitos do Controle de Constitucionalidade e sua importância para garantir a
Segurança Jurídica**

AMANDA POLIANA FERREIRA NUNES

**MONTES CLAROS- MINAS GERAIS
2011**

AMANDA POLIANA FERREIRA NUNES

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**Efeitos do Controle de Constitucionalidade e sua importância para garantir a
Segurança Jurídica**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* TeleVirtual em Direito Público- Turma 7, na modalidade Formação para Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Público.

**Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

Orientador: Prof. SHARY-KALINKA RAMALHO SANCHES

MONTES CLAROS- MINAS GERAIS

2011

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Montes Claros, 23 (vinte e três)
de setembro de 2011 (dois mil
e onze).

DEDICATÓRIA

Dedico este texto a minha família, que compreenderam os momentos de ausência para que eu pudesse ampliar meus conhecimentos nessa jornada de aprendizagem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus meu grande amigo, pela vida, e pelo cuidado.

A minha família, pela ajuda, pela paciência, pela compreensão, e pelo incentivo quando eu encontrava todas as pedras no caminho.

Ao meu esposo, Júnior, a meus pais, José Benedito e Elza, e a meus irmão, a meus amigos e aos colegas de turma.

Aos mestres pela dedicação com que transmitiram o conhecimento.

EPIGRAFE

O estudo dos efeitos das decisões em sede de Controle de Constitucionalidade é um tema que divide a opinião dos doutrinadores e a jurisprudência brasileira. Contudo, como será demonstrado adiante, os avanços na interpretação da matéria tem se mostrado fundamental para a melhor aplicação da Constituição e para garantia da Segurança Jurídica.

RESUMO

O controle de constitucionalidade foi o grande responsável pela emancipação (legitimação) do Poder Judiciário, já que, após sua inclusão no texto pátrio, o Poder Judiciário passou a efetivamente controlar os tipos de leis que entravam no ordenamento jurídico brasileiro,

Sem dúvida alguma, essa nobre atribuição de controlar o conteúdo das leis, é condição fundamental para que todo o ordenamento jurídico caminhe harmoniosamente.

Diante disso, busca-se fazer um resgate histórico do surgimento do controle de constitucionalidade, especificando os seus dois modelos principais (norte americano e austríaco) e, após a análise do sistema de controle de constitucionalidade também no Brasil, aprofundar o estudo sobre os efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade, e sua importância hoje na garantia da segurança jurídica, que fator primordial para manutenção do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Poder Judiciário, Efeito do Controle para Segurança Jurídica, Constituição e Leis.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 12 |
| 1.1 O nascimento do Estado Constitucional e o conceito de Constituição | 12 |
| 1.2. Fundamentos para a existência do controle de constitucionalidade | 17 |
| 1.3. Análise História | 19 |
| 1.3.1 O modelo difuso de controle de constitucionalidade | 19 |
| 1.3.2 O modelo concentrado de controle de constitucionalidade | 20 |
| 1.4. O modelo de controle misto de constitucionalidade | 21 |
| 1.4.1. Modo ou forma de controle de constitucionalidade | 21 |
| | |
| 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL | 22 |
| 2.1 Evolução histórica | 22 |
| 2.2 O modelo introduzido pela Constituição de 1988 | 24 |
| 2.2.1 Controle concentrado ou abstrato | 25 |
| 2.2.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade | 27 |
| 2.2.1.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade | 28 |
| 2.2.1.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental | 28 |
| 2.2.1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão | 29 |
| 2.2.2 O controle incidental, difuso ou concreto | 29 |
| 2.2.2.1. Papel do Senado na Suspensão da Execução das Leis | 30 |
| 2.3 O controle da Constituição pelos Poderes Legislativo e Executivo..... | 31 |
| 2.4 Considerações sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.... | 32 |
| | |
| 3. EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA GARANTIR A SEGURANÇA JURÍDICA | 33 |
| 3.1 Efeitos do controle de constitucionalidade | 33 |
| 3.2 Esboço da teoria da nulidade da lei inconstitucional | 34 |
| 3.3 Atenuantes à nulidade da Lei Inconstitucional | 37 |
| 3.3.1. Mitigação da teoria da nulidade no Brasil – Precedente | 38 |
| 3.4 Efeitos do Controle Concentrado no Brasil – <i>ex tunc</i> e <i>ex nunc</i> | 41 |
| 3.4.1. Efeitos futuros | 44 |
| 3.4.2. Eficácia <i>ex nunc</i> no controle difuso | 45 |
| | |
| 4. CONCLUSÃO..... | 48 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 50 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como escopo analisar a importância do controle de constitucionalidade no direito brasileiro idealizado na Constituição de 1988.

Como bem descreve Jorge Miranda, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”¹.

Como se depreende desses dois conceitos, há diferença entre controle de constitucionalidade e controle de legalidade, na medida em que o primeiro é inerente ao Direito Constitucional, porque é dirigido ao aferimento da validade de norma infraconstitucional em face da Constituição, enquanto que o segundo é imanente ao Direito Administrativo, pois é destinada a aferição da validade de norma infralegal em face da Legislação-a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição. Trata-se de um processo, de uma atividade, por meio da qual o sujeito controlador verifica se existe ou não compatibilidade formal e material entre o objeto, o ato normativo, e o objeto paradigma, a Constituição.

Desta forma, tratando-se de dois institutos tipicamente judiciais e, tendo em vista os avanços doutrinários no campo da jurisdição constitucional, sua efetiva aplicação está vinculada diretamente à atuação dos magistrados e ministros.

A hipótese geral do trabalho consiste na análise dos efeitos das decisões e da aplicação das decisões em sede de controle de constitucionalidade, e como tem sido importante para garantia da segurança jurídica.

O objetivo geral do trabalho consiste em demonstrar que o Controle de Constitucionalidade nasceu em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, e os atos normativos infraconstitucionais devem ser compatíveis com as normas constitucionais, aplicando-se o princípio norteador da compatibilidade vertical como garantidor da rigidez constitucional.

Como objetivos específicos, propõe-se expor o contexto de surgimento do controle de constitucionalidade e conceituá-lo. Analisar o surgimento dos modelos constitucionais tradicionais e a evolução histórica brasileira atinente ao controle de

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição Editora Saraiva. 2008, p. 1001.

constitucionalidade. Demonstrar como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil, hoje e analisar os efeitos das decisões, e como tem influenciado a doutrina e a jurisprudência moderna no Brasil.

No primeiro capítulo, houve a introdução sobre o contexto em que surgiu o controle de constitucionalidade, as razões de sua existência, além de ser dedicado à análise do conceito e da origem histórica do controle de constitucionalidade. Ao final, faz-se uma breve descrição dos dois principais modelos instituídos de controle de constitucionalidade: o norte-americano, o austríaco e o francês.

O segundo capítulo fará uma abordagem histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, trazendo a memória breves comentários sobre essa matéria em todas as Constituições anteriores. O ponto central é o estudo do sistema de controle de constitucionalidade instituído pela Constituição de 1988, aprofundando-se três pontos fundamentais: o controle concentrado, o controle difuso e o controle exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo.

O terceiro capítulo foi dedicado ao exame dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade, já que, hoje há uma grande discussão sobre o tema nos Tribunais, e entre a própria doutrina, principalmente porque a padronização da jurisprudência se mostra essencial para garantir a segurança jurídica.

Nas referências estão inseridas as obras diretamente citadas no texto, além das outras obras que instruíram meu conhecimento na elaboração do presente trabalho.

A problemática a seguir apresentada é atual e pertinente, pretendendo-se, a partir de uma investigação histórica, bem como da exposição da posição de estudiosos sobre o tema, trazer ao meio acadêmico alguma contribuição para o estudo do controle de constitucionalidade a luz da segurança jurídica.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 O nascimento do Estado Constitucional e conceito de Constituição

Desde o início do século tem-se conhecimento de que o homem passou a viver em comunidades, isso se deve a própria natureza social do ser humano. No entanto, esse convívio entre pessoas passou a requerer uma organização sistemática e eficiente, principalmente quando as comunidades iam aumentando sobremaneira o número de seus membros.

Desse modo, o estabelecimento de regras foi um fator natural e necessário para manter a sociedade, surgindo então, os primeiros modelos do que hoje conhecemos como Estado, que nasceu da necessidade de disciplina e da distribuição do poder entre os membros da coletividade que passaram a viver juntos.

O Estado, da maneira como é visto hoje, teve o seu surgimento, segundo Jorge Miranda², na Europa do final do período medieval, por volta do século XVI³, época em que os Reis começam a ampliar a sua dominação, até então dispersa entre os senhores feudais.

Desta centralização do poder, surge então o Estado Absoluto, marcado pela monocracia. Celso Ribeiro Bastos⁴ assim define monocracia:

A monocracia é um termo abrangente caracterizado por significar um sistema de governo de uma só pessoa que enfeixa em suas mãos poderes absolutos. As monocracias assumem duas variantes: a monarquia absoluta e a ditadura. Ambas apresentam como traço unificador o fato de o governante não dispensar muitas atenções aos outros órgãos estatais, cujas vontades deverão sempre ceder se conflitarem com a sua.

Como se pode perceber, o Estado antes caracterizado pela descentralização do poder nas mãos dos senhores feudais, passou a ser controlado por um único sujeito, agora denominado Rei, que atuava de modo absoluto. Tal modelo predominou até o século XVIII⁵.

² MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19-33

³ Jorge Miranda (Idem, p. 37) explica que não é possível precisar, com rigor, quando se passa da organização política medieval para a nova forma de organização política e afirma que o Estado surge em momentos diversos nas várias partes da Europa

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 6 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, p. 127.

⁵ Id.Ibid. p. 36-44

Ocorre que a concentração de poder na mão de uma única pessoa gerou enormes abusos por parte dos monarcas, que passaram a oprimir, física e economicamente as pessoas, que insatisfeitas passaram à busca da sua liberdade, principalmente sob a influência das idéias dos filósofos iluministas nos séculos XVII e XVIII. Destacam-se, no período, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Charles-Louis de Secondat – Barão de Montesquieu e Immanuel Kant.

Dentre estes importantes movimentos sociais, Jorge Miranda⁶ destaca a Revolução Francesa de 1789 e o movimento da Independência norte-americana.

Segundo o referido autor o primeiro movimento tem seu ponto culminante na confecção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que trouxe uma nova leitura para o Estado de Direito, já que impôs limitações ao poder dos governantes, ao trazer em seu artigo 16, o princípio da separação de poderes – decorrente do pensamento de Montesquieu – e a necessidade de cada Estado elaborar a sua Constituição.

Quanto ao segundo movimento, o autor descreve dois documentos que trazem os princípios da liberdade e da igualdade para todos os cidadãos, contidos na Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos da Virgínia, ambos de 1776. Após a produção desses documentos, que são fruto da evolução de consciência de uma geração, surge então a figura do Estado Constitucional a partir do século XVIII.

O Estado Constitucional se qualifica pela separação de poderes, e como dispõe Paulo Bonavides⁷:

A qualificação do Estado Constitucional se dá pela separação de poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa.

Esse processo de lutas sociais, políticas e econômicas que impulsionaram o surgimento do Estado de Direito, foram capazes de organizar os primeiros documentos sólidos que hoje chamamos de Constituição.

É fato que a Constituição surge como um documento necessário para a organização do Estado, seja porque consagra o sistema da separação de poderes, seja porque delimita os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos.

⁶ Id. Ibid. p. 40-46

⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41.

Em virtude destas características, Marcelo Neves defende, assim como outros doutrinadores⁸, que não há Estado sem uma Constituição:

[...] mesmo nos sistemas carentes de Constituição em sentido formal, há um núcleo normativo regulador do processo de produção das normas jurídicas gerais, caracterizado como Constituição em sentido material escrito, cujo conteúdo tem supremacia jurídica intrínseca, por ser logicamente anterior às demais normas gerais (legais e costumeiras) pertencentes ao mundo jurídico. Em realidade, quando, nos sistemas de Constituição flexível, a legislatura ordinária reforma as normas de conteúdo intrinsecamente constitucional (Constituição em sentido material escrito), deve atuar de acordo com o procedimento por elas prescrito⁹.

Analisando agora o que é Constituição, faz-se necessário trazer à baila o seu conceito. No caso do vocábulo Constituição, destaca-se que vem do verbo latino *constituere*. E sua origem remonta ao verbo constituir, que tem o significado de “ser base de, a parte essencial de”¹⁰. Partindo desta concepção, pode-se afirmar que a palavra Constituição traz em si uma idéia de estrutura, de essência.

Assim, a Constituição é compreendida como o texto escrito que consagra o Estado como um sistema de garantias da liberdade pessoal baseado no modelo da separação de poderes.

De acordo com a descrição contida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição pode ser entendida no sentido ideal e real. O sentido ideal está calcado na crença da unidade e na invariabilidade das políticas descritas na carta constitucional (artigo 16 da Declaração), já no sentido real, o texto constitucional passa a ser visto como a própria organização do Estado, com uma natureza sociológica. Nesse sentido, Baracho¹¹ reforça que “todos os Estados têm uma Constituição, simbolizada nas tradições, usos e costumes políticos, que regulam a transmissão do poder, a criação e funcionamento dos órgãos estatais”.

Já quanto a natureza jurídica da Constituição, ressalta-se que não é unívoca, já que pode ser analisada pelos prismas sociológico, político e jurídico.

⁸ Em sua obra Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos (p.13), o autor Oswaldo Luiz Palu cita a célebre frase de Philippe Ardant: “...tous les États du monde ont une Constitution”, que significa “todos os Estados do mundo têm uma Constituição”.

⁹ NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 65.

¹⁰ Significado coletado no Dicionário Eletrônico Houaiss, versão 2.0a.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Segue abaixo uma sucinta descrição de cada concepção mencionada, com seus principais defensores.

A concepção sociológica foi elaborada por Ferdinand Lassale¹², que descreve que a “Constituição seria o complexo de fatores reais de poder, isto é, o conjunto de forças de índole política, econômica e religiosa que condicionam o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade”.

Para Lassale a Constituição escrita nada mais é do que uma “folha de papel”, se não houver coincidência entre a norma escrita com a Constituição real.

O conceito sociológico, portanto, faz distinção entre o instrumento formal, a Constituição escrita, na qual se consagra a quem deve ser entregue o poder, e o instrumento real, Constituição empírica, quem de fato exerce o poder.

Quanto a concepção política, cujo principal defensor é Carl Schmitt¹³, tem-se que a Constituição é produto de uma decisão política fundamental, ou seja, a vontade manifestada pelo titular do poder constituinte.

Nesse sentido, haveria distinção entre *lei constitucional* e *Constituição*, já que a primeira poderia ser alterada ou reformada, enquanto que a segunda não poderia ser modificada por se tratar da essência das decisões políticas fundamentais que seriam imodificáveis.

A medida que dúvidas iam sendo levantadas em relação as duas concepções acima mencionadas, um outro autor começou a pensar em um novo conceito de constituição, que possuía uma concepção estreitamente jurídica. Este autor foi Hans Kelsen.

Segundo Hans Kelsen¹⁴, a Constituição seria a lei fundamental da organização estatal, dividida em Constituição em sentido lógico-jurídico e Constituição em sentido *jurídico-positivo*:

“A primeira corresponderia a norma fundamental hipotética, quer dizer, pressuposto lógico de validade das normas constitucionais positivas. A segunda consistiria na norma positiva suprema, vale dizer, pressuposto jurídico do processo de criação, modificação ou extinção do Direito Positivo, dado que todas as normas jurídicas integrantes do mesmo ordenamento constitucional encontram fundamento de validade comum na Constituição.”

¹² MORAES, Guilherme Pena. Curso de Direito Constitucional, 1ª ed. Editora Lumen Júris. RJ. 2008, p.60.

¹³ MORAES, Guilherme Pena. Curso de Direito Constitucional, 1ª ed. Editora Lumen Júris. RJ. 2008, p.61.

¹⁴ MORAES, Guilherme Pena. Curso de Direito Constitucional, 1ª ed. Editora Lumen Júris. RJ. 2008, p.61.

Há ainda quem defina a Constituição sob o aspecto historicista. Assim, consideram-na uma expressão histórica de cada povo, pois deve respeitar suas tradições, sua história, sua religião, suas relações políticas, econômicas e assim por diante.

Trazendo ainda à baila o pensamento marxista da Constituição, tem-se que estes a veem apenas como uma mera superestrutura jurídica de uma organização econômica subjacente, fruto da ideologia propagada pela classe dominante, enquanto os positivistas concebem-na como uma lei independente de qualquer conteúdo axiológico.

Pode-se citar ainda a classificação da Constituição segundo o sentido material e sentido formal. Em sentido material, a Constituição é compreendida como sendo o conjunto das normas que organizam o Estado.

A Constituição em sentido formal, por sua vez, é o documento escrito no qual são inseridas as normas que regulam a organização do Estado, que é obrigatoriamente elaborado por um Poder Constituinte que, para ser alterado ou modificado, submete-se a formalidades especiais instituídas no seu próprio texto original.

A doutrina distingue o Poder Constituinte em originário ou genuíno e derivado ou instituído. O primeiro é compreendido como sendo aquele que, de fato, produz a Constituição, daí o seu caráter originário, pois surge apenas quando se dá a formação de um novo Estado ou na modificação da ordem jurídica vigente em um Estado preexistente.

O Poder Constituinte derivado, em contrapartida, aparece de acordo com as normas da própria Constituição concebida pelo Poder Constituinte originário, atuando nos moldes e nos momentos por ela estabelecidos. Mister esclarecer que o Poder Constituinte derivado trata, na realidade, da reforma do texto constitucional e é instituído pela própria Constituição por uma questão eminentemente social.

Dentre todas as definições acima, o que interessa a esta pesquisa é a concepção de que a Constituição é um instrumento normativo de grande força política, porque define e estrutura a organização política do Estado, bem como estabelece os parâmetros econômicos e sociais que regerão o seu povo.

Devido a essa relação direta entre sociedade e Constituição, é que decorre a necessidade de o mesmo texto legal estabelecer os métodos que deverão

ser utilizados para a sua modificação, a fim de que possa acompanhar, na mesma medida, a evolução da sociedade, sob pena de se tornar obsoleto.

1.2. Fundamentos para a existência do controle de constitucionalidade

Como visto, controlar a constitucionalidade significa impedir a eficácia de normas contrárias à Constituição e, para tanto, a defesa da Carta Maior pressupõe a existência de garantias e institutos destinados a assegurar a observância, a aplicação, a estabilidade e a conservação das suas normas.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵:

O Estado Constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, sanções contra atos dos órgãos de soberania e de outros não conformes com a constituição. A idéia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado. Desta forma, o objeto de defesa não é pura e simplesmente a defesa do Estado e sim da forma de Estado tal como ela é constitucionalmente formada.

O controle de constitucionalidade é definido como o ato de submeter à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com eles não forem compatíveis.

Essa idéia de controle está vinculada à de rigidez constitucional, já que somente em constituições rígidas, em relação às quais se entende que nenhum ato normativo delas decorrentes pode modificá-las.

Deste modo, o controle de constitucionalidade caracteriza-se como uma concretização e um desenvolvimento do direito constitucional, mediante a fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição Editora Saraiva. 2008, p. 1010.

vigentes. Tal afirmativa propicia o entendimento de que os atos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. É o que se verá mais adiante.

Portanto, de nada adiantaria a existência da soberania constitucional se não fosse realizado um sistema eficiente de defesa da Constituição, para que ela prevalecesse sempre soberana diante das leis e de outros atos normativos que eventualmente a antagonizassem.

Para isso, o controle de constitucionalidade é o principal mecanismo, o meio de reação mais eficiente nos países de constituição rígida. Por ele é possível garantir a unidade e eliminar os fatores de desarmonia, que são as leis e atos normativos que se opõem ao texto fundamental, conflitando com os seus princípios e demais comandos.

Hoje os sistemas existentes na Teoria Constitucional para a realização da defesa da Constituição são dois, quais sejam: o controle dito político e o jurisdicional.

O controle político é aquele exercido pelo próprio órgão criador da norma ou por outro *ad hoc*, o qual não detém garantias de independência, caracterizando-se como preventivo e discricionário. Em contrapartida, o controle jurisdicional é aquele exercido por órgãos detentores de garantias de independência, como o Poder Judiciário, os quais não participam da criação das leis, agindo por provocação ou *ex lege*, de forma definitiva e com pouca discricionariedade.

Ainda acerca do tema, cita-se José Afonso da Silva que também denomina a existência de um terceiro tipo de controle, denominado sistema misto, o qual se dá quando da submissão da análise da inconstitucionalidade tanto a um controle político como a um controle jurisdicional, dependendo da categoria da lei ou do ato normativo, como ocorre na Suíça, por exemplo.

Por essa razão, Hans Kelsen classificou as normas segundo seu grau de importância, criando um sistema hierárquico de normas, na qual a Constituição encontra-se no mais alto patamar da pirâmide:

A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas legais. Em forma bastante simplificada, apresenta o seguinte retrato: o nível mais baixo é composto de normas individuais criadas pelos órgãos aplicadores do direito, especialmente os tribunais.

Essas normas individuais são dependentes dos estatutos, que são normas gerais criadas pelo legislador, e das regras do Direito

consuetudinário, que formam o nível superior seguinte da ordem jurídica. Esses estatutos e regras de direito consuetudinário, por sua vez, dependem da Constituição, que forma o nível mais elevado da ordem jurídica considerada como sistema de normas positivas¹⁶.

Esse modelo estabeleceu a noção de validade jurídica, de modo que as normas inferiores devem estar em conformidade com as de grau superior, numa espécie de hierarquia vertical.

Dessa maneira, pode-se afirmar que a Constituição adquiriu a capacidade de outorgar fundamentos de validade a toda e qualquer espécie de legislação a ela subordinada, tornando-se imprescindível criar um mecanismo de controle de “adequação” das normas inferiores, ou seja, um sistema capaz de verificar se a norma infraconstitucional está em conformidade com a norma constitucional.

1.3 Análise histórica

1.3.1. O modelo difuso de controle de constitucionalidade

O início do século XIX foi marcado por intensas discussões a respeito dos rumos a serem tomados na política norte-americana. E, entre elas, dedicou-se especial atenção ao controle judicial de constitucionalidade, o judicial *review*, já apresentado, inclusive, nos debates prévios à promulgação da Constituição Americana de 1787, por Alexander Hamilton, nos ensaios 78 e 79 dos *Federalist Papers*.

A origem do modelo difuso de constitucionalidade é atribuída pela doutrina aos termos da famosa decisão *Marbury x Madison*, do *Chief Justice John Marshall*, de 1803; decisão esta mais citada do que lida.

Da leitura da decisão e da doutrina que se construiu em razão desta, pode-se extrair que integra as atribuições normais de todo e qualquer juiz, no exercício da jurisdição, declarar a inconstitucionalidade de atos normativos contrários à Constituição, ou melhor, deixar de aplicá-los, aplicando, em seu lugar, atos normativos outros, estes, sim, constitucionais.

Assim, Marshall inaugurou um sistema de controle de constitucionalidade que, nesses moldes, não fere o princípio da separação de poderes, já que o

¹⁶ KELSEN, Hans. O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 216.

Judiciário não estaria a usurpar parcela das funções do Legislativo, mas, sim, a exercer a sua função típica de dizer o direito.

Este aspecto é de extrema importância se pretende entender o espírito do modelo difuso ou concreto de controle de constitucionalidade.

Dessarte, são características deste modelo norte-americano de controle de constitucionalidade: ser ele exercido em casos concretos, sendo apreciado incidentalmente; ser difuso, pois pode ser exercido por qualquer juiz em sua jurisdição; ter efeitos inter partes, o que se completa no direito norte-americano pela existência de uma norma constitucional não escrita, a do *stare decisis*; e a decisão, enfim, ser declaratória, operando efeitos *ex tunc*, por ser a norma inconstitucional nula.

Por fim, deve-se observar que é justamente essa norma constitucional não escrita do *stare decisis*, denominada pela doutrina norte-americana por convenção da Constituição (*Convention of the Constitution*), que assegura, dentro desse sistema normativo, a natureza nula do ato inconstitucional, vinculando todas as decisões jurisdicionais em um mesmo sentido, garantindo aos indivíduos segurança em suas relações. É, pois, o *stare decisis* uma condição jurisprudencial natural ao *common law*, que harmoniza espontaneamente as decisões do modelo difuso de controle de constitucionalidade.

1.3.2. O modelo concentrado de controle de constitucionalidade.

A paternidade deste modelo de controle de constitucionalidade é atribuída a Hans Kelsen, que o teria introduzido na Constituição austríaca, de 1920.

Parte o jurista austríaco, para desenvolver o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, da idéia de que, no direito positivo, não existe a nulidade de uma norma, mas, tão somente, a anulabilidade. Nesse sentido, é ilustrativo o exemplo que Kelsen dá do Rei Midas, pois, assim como tudo o que este toca torna-se ouro, tudo o que o Direito toca torna-se jurídico. Dentro do sistema kelseniano, o legislativo também está autorizado a “interpretar” a Constituição, ainda que sujeito ao controle judicial, podendo optar por uma via legislativa que não a mais evidente – ou até contrária – no texto constitucional. Assim, as decisões de inconstitucionalidade seriam, em princípio, anuláveis, têm efeito *ex nunc*, sendo, pois, constitutivas, e não declaratórias.

Ao observar o sistema difuso de revisão judicial norte-americano, Kelsen afirma que este modelo é viável em seu berço em razão de caracteres encontrados neste país, tais como a inexistência de órgãos administrativos independentes das cortes, a inexistência de cortes administrativas distintas das cortes ordinárias e,

1.4. O modelo de controle misto de constitucionalidade

O controle misto cumula os dois sistemas, ou seja, há a possibilidade do controle difuso feito pelos magistrados no caso concreto, e há a possibilidade de retirada da lei ou ato normativo do ordenamento jurídico pela análise de um Tribunal Supremo que é chamado órgão de cúpula, que é o chamado controle concentrado.

Como exemplo desse modelo misto pode-se citar o modelo português e brasileiro, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição.

1.4.1. Modo ou forma de controle de constitucionalidade

Quanto ao modo ou a forma do controle de constitucionalidade, são divididos em controle incidental e/ou principal.

No controle incidental a inconstitucionalidade é declarada no processo ou na ação judicial de modo secundário, ou seja, a questão é prejudicial, incidental. Nesse caso a matéria deve ser decidida pelo Judiciário, antes da decisão final da ação. Vê-se que a inconstitucionalidade pela via de exceção, é apenas uma fase no processo, já que o objeto final da ação não é a declaração de (in) constitucionalidade da lei, embora influa na decisão final.

Já no controle principal, a questão constitucional é suscitada de modo autônomo em um processo ou ação principal cujo objeto é a declaração de (in) constitucionalidade da lei.

São utilizadas ações diretas de (in) constitucionalidade ou mecanismos abstratos de impugnação da lei ou ato normativo.

Por fim, procurou-se mostrar no presente capítulo os motivos que deram ensejo à necessidade de proteger o texto constitucional e em qual contexto histórico surgiram os sistemas de controle de constitucionalidade que influenciam o modelo brasileiro atual, tema do próximo capítulo.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Evolução histórica

O modelo brasileiro incorporou os modelos de constitucionalidade difuso e concentrado. De modo que, para compreendê-lo melhor faz-se necessário uma breve abordagem histórica dos seus antecedentes, com a finalidade de retratar a evolução deste instituto no país.

No Brasil imperial, sob vigência da Constituição de 1824, não havia regulamentação atinente ao controle judicial de constitucionalidade. Contudo, ao Legislativo competia à tarefa de criar, interpretar, suspender, revogar as leis e, de acordo com o art. 15, IX, de “velar na guarda da constituição, e promover o bem geral da Nação”.

Assim, embora nos Estados Unidos já houvesse ocorrido o célebre julgamento do caso *Marbury v. Madison*, no Brasil o Poder Judiciário ainda era o mais fraco dos poderes, mesmo porque, havia uma limitação no texto constitucional de 1824, que definia o que era e o que não era matéria constitucional, de modo que não havia margem para atuações expansionistas pelo Supremo Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário na época, como havia ocorrido na Corte norte americana.

Já quando o Brasil entrou na fase republicana, através da influência do direito norte americano, foi introduzido o controle judicial de constitucionalidade. O responsável pela mudança foi Rui Barbosa, jurista que encabeçou o projeto da Constituição Provisória do Brasil de 1890, que previa, a possibilidade das decisões judiciais serem revistas pelo Supremo Tribunal Federal, assim como o questionamento de validade das leis e atos do governo no art. 58, § 1º, utilizado na Constituição da República, promulgada em 1891:

Art. 59, § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Como é possível observar, o controle de constitucionalidade foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal e sua importância só foi reconhecida após os trabalhos

de Rui Barbosa que conseguiu incluir no texto constitucional uma maior prerrogativa de atuação do Judiciário.

Em 1894, houve a regulamentação do instituto pela Lei nº 221, que no seu art. 13, § 10, possibilitou aos juízes e tribunais o exercício da defesa da Constituição, permitindo-lhes deixar de aplicar leis e regulamentos que lhes parecessem manifestamente incompatíveis com a Constituição.

Mais adiante se operou a reforma de 1926, que alterou o artigo que previa o controle judicial do número 59 para o número 60, mudando também a redação do §1º, letra a, passando a prever a atuação do STF nos casos em que se “questionar a vigência, ou a validade, das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação”.

Começa então com o modelo de constitucionalidade difuso ou incidental no Brasil, que também foi mantido pela Constituição de 1934, mas com algumas inovações, já que exigiu o quorum da maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179), bem como a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV).

Esta última inovação consolidou o pensamento de que a decisão sobre a inconstitucionalidade somente produz efeitos entre as partes envolvidas no litígio, não havendo, portanto, vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Não obstante as alterações do controle difuso, a Constituição de 1934 introduziu no art. 12, V e § 1º, uma hipótese específica de atuação do Supremo Tribunal Federal no caso de intervenção da União em negócios peculiares dos Estados Federados, quando estes ferissem um dos princípios sensíveis estabelecidos.

A Constituição de 1937, que era conhecida como “polaca”, marcou o Estado Novo, e trouxe algumas novidades que eram retrocesso ao processo de controle de constitucionalidade, já que, apesar de conter a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, este era restringido à necessidade de aprovação do Presidente da República, que poderia submeter à apreciação da constitucionalidade de lei novamente ao exame do Parlamento.

Após esse período de autoritarismo, o Brasil entrou na fase de redemocratização com a Constituição de 1946, e retomou o modelo estabelecido

pela Carta de 1934, mantendo então as inovações previstas que permitiam o controle concentrado.

No entanto, sob influência do regime militar, a Carta de 46 sofreu modificação com o advento da Emenda Constitucional nº. 16 de 1965, que instituiu a então denominada ação genérica de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, k, in verbis:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

49 Art. 96, Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, consolidando no direito brasileiro a coexistência dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

Este modelo foi mantido pela Constituição de 1967, regulando apenas a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, perante o STF, outorgando o poder à iniciativa única e exclusiva do Procurador Geral da República.

2.2. O modelo introduzido pela Constituição de 1988

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto ou híbrido, combinando o controle difuso e o controle concentrado, trazendo consigo um aperfeiçoamento do sistema iniciado em 1965, com a finalidade de ampliar a fiscalização constitucional.

Como visto na parte histórica, o modelo concentrado foi introduzido no Brasil na Constituição de 1934, enquanto o difuso já vigorava desde 1890. Assim, aquele pode ser considerado recente inovação se comparado a este.

Destaca-se que o controle difuso, pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, coletivo ou singular, enquanto o concentrado restringe-se ao Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual em face à Constituição Federal.

2.2.1 Controle concentrado ou abstrato

Como descrito no capítulo acima, modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é misto e, de modo que é permitido tanto a atuação de uma Corte Constitucional quanto de todos os juízes na análise do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal - STF é o guardião da Constituição, ou seja, é o órgão brasileiro responsável pela guarda da Constituição, realizando então o chamado controle concreto de constitucionalidade, nos termos do art. 102, I, a, III, a, b, c e § 1º, da CF/8853, que, embora goze de autonomia administrativa, é órgão integrante do Poder Judiciário (art. 92, I, CF).

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 3, de 1993).

Para Sérgio Moro¹⁷ o controle concentrado “visa à proteção não de direitos subjetivos, mas da própria integridade da ordem jurídica, com a invalidação de atos normativos incompatíveis com a Constituição”.

Já segundo Alexandre de Moraes¹⁸, as competências do STF podem ser divididas em dois grandes grupos, conforme o modo de acioná-lo: originário e recursal. Ocorre a competência originária quando o tribunal é acionado diretamente para se pronunciar sobre uma possível ofensa à Constituição por meio das ações que lhe cabe julgar e processar originariamente. E no caso da competência recursal, a atuação do STF decorre da solicitação da parte de revisão de decisão de tribunal inferior sobre matéria constitucional do Estado, atuando como última instância para julgar o recurso.

O modo de atuação do STF na guarda da Constituição se dá por meio do julgamento de ações de competência originária que são denominadas: ações diretas de inconstitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

¹⁷ MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 306.

¹⁸ MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000, p. 220.

Nessas ações não há existência de lide, o que há é o questionamento de um ato criado pelo legislativo ou executivo que pode estar em discordância com o ordenamento constitucional.

A Constituição estabeleceu um rol de pessoas que detém legitimação para ingressar com essas ações, bastando que elas vislumbrem eventual violação de dispositivo constitucional por ato normativo infraconstitucional, buscando a sua eliminação do mundo jurídico, sem que haja qualquer defesa de direito próprio ou alheio.

Tudo isso é feito para que assegure a segurança jurídica no ordenamento, que não deve possuir leis que estejam em conflito com a Constituição, de modo que a idéia de um controle de constitucionalidade está ligada aos princípios da supremacia e rigidez constitucionais, que se caracteriza pela presença de um sistema hierarquizado de normas, no qual a Constituição ocupa o lugar mais alto.

Desta forma, ao realizar o controle da constitucionalidade das leis, o STF verifica a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição sob aspectos formais (observância do processo legislativo especificado na Constituição) e materiais (consonância de conteúdo com os princípios, os direitos e as garantias fundamentais previstas na Carta Magna).

Alem disso, há a previsão dos próprios parlamentares poderem denunciar ao Poder Judiciário as eventuais inconstitucionalidades que pensam estar ocorrendo no curso da elaboração de uma espécie normativa para análise mais profunda, com o intuito de coibir atos que desrespeitem as normas constitucionais e regimentais.

Contudo, embora haja hipótese de atuação preventiva do STF, esta constitui uma mera exceção à regra geral de atuação, em que o controle de constitucionalidade ocorre de maneira repressiva, ou seja, após o ingresso da nova norma no mundo jurídico.

Segue abaixo um breve resumo das características das espécies de ações constitucionais.

2.2.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade é o direito subjetivo de submeter uma lei ou ato normativo federal ou estadual a apreciação do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal- STF decidirá se a lei ou ato normativo ofende, ou não, a Constituição Federal.

Se houver afronta a Lei Maior, a lei deverá ser retirada do ordenamento jurídico. Podem ser impugnados por ação direta de inconstitucionalidade leis ou atos normativos federais ou estaduais.

As partes legítimas para propor a ação são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ao ser proposta a ação, o autor deve demonstrar o seu interesse jurídico, o qual determina a sua legitimidade para agir; faltando esta, o Supremo indeferirá a petição inicial, julgando o autor carecedor de ação.

É possível ainda que seja concedida a medida cautelar aos pedidos de Inconstitucionalidade do STF. A liminar será concedida somente na ação direta de inconstitucionalidade por ação, devendo estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por ser incompatível com a sua natureza, não é cabível a concessão de liminar. É impossível adiantar os efeitos que nem mesmo a sentença poderia alcançar.

Concedida a liminar em ação direta de inconstitucionalidade, não caberá o incidente de declaração de inconstitucionalidade previsto pelo CPC. No controle difuso, o juiz ou tribunal não deve afrontar o controle concentrado do STF. Julgando pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo estará atribuindo eficácia *ex tunc* e *erga omnes*. Retroagindo e gerando efeito sobre todos, a apreciação do incidente poderia ocasionar vários problemas de ordem prática, como o conflito de decisões judiciais, o dispêndio de tempo e de dinheiro dos litigantes.

Diante da liminar concedida e da arguição de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal deve suspender o processo e aguardar a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade.

2.2.1.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade

Essa ação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional n. 3 em 17 de março de 1993, em que o STF firmou competência para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei

ou ato normativo federal, após a instauração do processo, e com a decisão definitiva de mérito, estende-se a eficácia contra todos, e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

O mentor do projeto foi o Professor Ives Gandra juntamente com o Deputado Roberto Campos.

Atualmente a ADC possui os mesmos legitimados da ADI. Além disso, a despeito da repercussão na ordem jurídica ele não representa um novo modelo de constitucionalidade.

2.2.1.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Também chamado de “incidente de inconstitucionalidade”, foi incluído na CF a fim de preencher lacunas identificadas no rol das competências do STF por atores como o Professor Celso Bastos.

Essa nova modalidade de ação foi incluída na Revisão Constitucional de 1994, que permitiu que fosse apreciada diretamente pelo STF controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, permitindo análise inclusive os atos anteriores a Constituição Federal de 1988.

O referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o STF pudesse dirimir as controvérsias que dariam ensejo a um número descontrolado de demandas, com prejuízo para as partes e para a própria segurança jurídica.

Nos termos da Lei n. 9.882 de 1999 cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O próprio artigo explicita que caberá a arguição de descumprimento quanto for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, até a lei anterior a Constituição.

Esta ação demonstrou-se bastante necessária, já que abarcou todos os outros fatos não atendidos pelas ações de (in) constitucionalidade previstas.

2.2.1.4. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão

Essa ação é muito importante, já que envolve não apenas o problema do Judiciário, mas também abarca a área de atuação do Legislativo.

A proposta do Constituinte originário foi possibilitar que questões importantes que deveriam ser tratadas pelo Legislador, que ignora sua responsabilidade, possam ser atendidas pelo Judiciário. Essa ação é de fundamental importância para a concretização da Constituição como um todo, já que para realização do próprio Estado de Direito, é preciso que se garanta a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, dentre outros.

Os legitimados são os mesmos da ADI, e o objeto da ação encontra-se previsto no art. 103, §2º, da CF, que visa efetivar norma constitucional devendo dar ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Se for na via administrativa o prazo para preencher as lacunas será de 30 dias.

Destaca-se ainda, que a omissão pode ser absoluta ou parcial, sendo certo que ambos os casos, havendo falta do legislador em assegurar os direitos e garantias constitucionais, deverá o Poder Judiciário notificar o poder que é o legítimo responsável pela omissão, para que possa manifestar no prazo legal.

Destaca-se que a referida ação não pode ser confundida com o Mandado de Injunção, que é um remédio constitucional utilizado também para fazer um direito garantido no texto constitucional que ainda não foi positivado.

Como relatado, ambos os instrumentos buscam a expedição de uma ordem judicial ao legislador, conferindo a chamada “ação mandamental”.

2.2.2 O controle incidental, difuso ou concreto

Como visto, o controle difuso é exercido por via incidental (*incidenter tantum*) pelos juízes de primeira instância ou de instância recursal ao decidirem os litígios de processos de qualquer natureza.

Tal previsão foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição provisória de 1890 (Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890), já sob a influência do modelo norte americano.

Assim, esse modelo de controle de constitucionalidade tal como se desenvolveu no Brasil, é exercido por qualquer magistrado ou órgão colegiado pertencente ao Poder Judiciário, de modo que o magistrado pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma em relação a determinado caso concreto, deixando de aplicá-la naquela situação, seja por provocação das partes (autor ou

réu) que litigam no processo ou *ex officio* pelo próprio julgador competente para a causa.

Por tratar-se de um incidente, a arguição de inconstitucionalidade pela via difusa não exige veículo processual específico, podendo ser invocada em petições iniciais, contestações, reconvenções ou qualquer outra peça.

Desta forma, ocorrendo violação ou ameaça de violação a direito subjetivo em virtude de lei ou ato normativo incompatível com a Constituição, ou ainda, de omissão legislativa, haverá subsídio para a declaração de inconstitucionalidade pelo órgão julgador de determinada situação concreta.

2.2.2.1. Papel do Senado na suspensão de execução de leis

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pela Corte foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* as decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários.

A natureza da resolução do Senado Federal com base na decisão do STF, que declare suspensa a execução de lei ou ato normativo é de eficácia genérica ou seja é para todos.

Para Themístocles Cavalcanti¹⁹ respondeu negativamente, sustentando que a “única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência”. Da mesma forma, Bandeira de Mello ensinou que “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei”, devendo “ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*”. Enfatizou que a suspensão “não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”. “O Senado Federal – asseverou Bandeira de Mello – apenas cassa falece competência para tanto”.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição Editora Saraiva. 2008. P. 1079.

2.3. O controle da Constituição pelos Poderes Legislativo e Executivo

Não se pode olvidar que no modelo brasileiro o controle é feito, em regra, pelo Poder Judiciário, ao qual cabe a palavra final e definitiva acerca da interpretação da Constituição. Contudo, os demais poderes (Legislativo e Executivo) não foram excluídos da incumbência de resguardar o texto constitucional.

O Poder Executivo possui três possibilidades de atuação: a) poder de veto; b) possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional e; c) possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

A primeira hipótese encontra-se disciplinada no art. 66, § 1º, que trata do poder de veto concedido ao Presidente da República, competente para considerar o projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional, devendo, para tanto, motivar sua decisão, a qual será analisada pelas casas legislativas que haviam aprovado o projeto. Estas, por sua vez, podem ou não rejeitar o veto, pela maioria absoluta de seus membros, em votação secreta⁶².

Quanto à possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional, tem razão no princípio de que os três poderes têm o dever de assegurar o cumprimento da Constituição, de modo que, ao traçar a atuação de seus órgãos, o Poder Executivo pode deixar de aplicar uma lei que considera inconstitucional, bem como expedir determinação àqueles submetidos a seu poder hierárquico para que procedessem da mesma forma.

A segunda possibilidade encontra-se no rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, passando a admitir que ela fosse instaurada pelos chefes do Poder Executivo (Presidente da República e Governadores dos Estados, consoante art. 103, I e V). Desta forma, sendo-lhes permitido questionar a validade de uma norma perante o Supremo Tribunal Federal, não haveria necessidade de suspender a sua eficácia de ofício.

Desta maneira, somente até que o STF declare a inconstitucionalidade da lei, os chefes do Poder Executivo poderão deixar de aplicá-la na sua jurisdição.

A terceira hipótese de defesa da Constituição, pelo Poder Executivo, é a legitimação concedida aos chefes do executivo estadual e federal para a propositura da ação direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Ao Poder Legislativo também foram concedidos mecanismos de guarda da Constituição, em consonância ao princípio da supremacia constitucional.

Um deles é a rejeição do veto do Chefe do Poder Executivo, federal ou estadual, em face de projeto de lei, conforme visto anteriormente. Outra possibilidade encontra-se prevista no art. 49, V, da Constituição Federal, que confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentador ou dos limites da delegação legislativa.

Uma das principais atuações do Poder Legislativo se dá pela Comissão de Constituição e Justiça, que possui como uma de suas atribuições a manifestação acerca das propostas de emenda à Constituição e dos projetos de lei apresentados.

Ademais, as ações diretas, seja a de constitucionalidade ou a de inconstitucionalidade, também podem ser propostas por membros do Poder Legislativo, representados pelos órgãos de direção do Poder Legislativo federal e estadual.

Tendo o Congresso Nacional recebido a tarefa de exercer o poder constituinte derivado, pode ele aprovar Emenda à Constituição para superar uma interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, conforme descrito no art. 60 e parágrafos da Constituição.

Por fim, após o pronunciamento in concreto do Poder Judiciário acerca da inconstitucionalidade de uma lei, pode o Poder Legislativo revogá-la e retirá-la do ordenamento jurídico, com efeito *ex nunc*, ou seja, sem invalidar os atos praticados durante a sua vigência.

2.4 Considerações sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro

Ao longo deste capítulo, viu-se que o controle de constitucionalidade no Brasil foi instituído apenas no período republicano, com o advento da Constituição de 1891. A modalidade de controle adotada foi a difusa, inspirada no modelo do judicial review norte americano, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre a discussão atinente à constitucionalidade das leis e dos atos federais ou estaduais.

A explanação ora efetuada teve o condão de mostrar ao leitor que a Constituição é, juridicamente, a mais importante lei brasileira, e o sistema de controle de constitucionalidade de leis tem a finalidade de protegê-la no âmbito dos três poderes e de toda a sociedade.

Firmado este posicionamento, prossegue-se o estudo para a terceira parte desta pesquisa, a qual irá aprofundar a análise dos efeitos do controle de constitucionalidade e a necessidade das decisões guardarem consonância com o que é esperado das decisões a fim de assegurar a segurança jurídica.

3. EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA GARANTIR A SEGURANÇA JURÍDICA

No segmento anterior, analisou-se o controle de constitucionalidade no Brasil e com suas peculiaridades, já nesse capítulo, serão analisadas os efeitos do controle de constitucionalidade e sua importância para a segurança jurídica.

Destaca-se que a importância do tema se dá pela própria discussão temática que vem sendo feita pela doutrina e pela jurisprudência, já que é inegável que no atual Estado de Direito, é impossível não haver o controle de constitucionalidade, contudo a aplicação dos efeitos da decisão, tem gerado muitos conflitos.

3.1 Efeitos do controle de constitucionalidade

É fato que uma Constituição na qual os atos e leis inconstitucionais permanecem válidos não é obrigatória. Impõe-se como necessário um mecanismo de anulação dos atos inconstitucionais para a garantia da Constituição, dado o princípio da hierarquia do ordenamento jurídico²⁰.

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

Em regra, a teoria da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro e vem sendo sustentada por grande parte da doutrina, que equipara inconstitucionalidade com nulidade²¹. Assim, se uma lei é declarada inconstitucional, a regra geral é que esta deve ser considerada nula de pleno direito e possui eficácia *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagem para a entrada em vigor da norma inconstitucional²². Por conseguinte, no caso da lei ser declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade não poderá produzir mais efeitos.

²⁰ A constitucionalidade das leis pode ser garantida por dois meios: a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação da norma. Todavia, a responsabilização pessoal não é muito eficaz, pois a lei inconstitucional se mantém. Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 179-80; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 302-3.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321.

No entanto, com a evolução do direito constitucional e a maior complexidade das relações jurídicas, a aplicação irrestrita da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional passou a gerar grandes gravames, em alguns casos até maiores do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Isso porque, em algumas situações, a norma que fora declarada inconstitucional já estava sendo aplicada em um grande período de tempo, o que tornava praticamente impossível a declaração de sua nulidade absoluta, já que tal fato acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando a insegurança jurídica²³.

A solução bipartida entre constitucionalidade e inconstitucionalidade absoluta, com a conseqüente nulidade retroativa, não é adequada para resolver algumas exigências da vida, que impõem a necessidade de uma solução conciliadora entre a constitucionalidade e a segurança jurídica e outros princípios protegidos constitucionalmente. Neste sentido, a inconstitucionalidade com efeitos retroativos é inapta para solucionar casos de ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão parcial e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade²⁴.

Diante desses novos casos que foram surgindo, fez-se necessário alterar a Lei 9.868 de 1999, a fim de amenizar a declaração de nulidade absoluta com efeitos retroativos, instituindo então o artigo 27 da referida lei, que como técnica de decisão alternativa, que veio a permitir que o Supremo Tribunal Federal limitasse os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por maioria de dois terços dos ministros.

Porém, a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é controversa, sendo inclusive objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADINS 2.154 e 2.258, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2. Esboço da teoria da nulidade da Lei Inconstitucional

No direito brasileiro, prevalece a regra de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e seus efeitos devem ser desconstituídos retroativamente desde a

²³ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487.

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

sua entrada em vigor. Inerente à teoria da nulidade da lei inconstitucional está o entendimento de que a decisão do Tribunal Constitucional que reconhece inconstitucionalidade tem caráter declaratório, pois apenas reconhece uma situação já existente e, por isso, tem eficácia *ex tunc*.

Esse entendimento tem sua base na doutrina antiga norte-americana, principalmente na tese desenvolvida por John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, no qual ficou assentado que:

“Ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como outros atos é alterável quando agrada à legislatura. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, um ato legislativo, contrário à Constituição, não é lei (*is not law*); se a última parte é verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitável”²⁵.

De modo que, admitir que uma lei inconstitucional continue a ser aplicada e a produzir efeitos, sem dúvida constitui uma afronta à supremacia da Constituição. Ainda mais, se houver a validação dos efeitos produzidos pela referida lei considerada inconstitucional significaria inclusive negar a vigência temporal da Constituição, em relação à matéria disciplinada pela norma inconstitucional²⁶.

Diante disso, grande parte da doutrina entende e defende que no caso é declaração de que uma lei é inconstitucional, significaria a nulidade absoluta da referida lei, já que tecnicamente é impossível sua convalidação, com a conseqüente desconstituição retroativa de todos os efeitos produzidos pela norma incompatível com a Constituição.

Como já mencionado acima, o modelo de controle concentrado foi introduzido no Brasil por influência de Rui Barbosa, que adotou o entendimento da doutrina norte-americana. No entanto, é preciso trazer à baila o entendimento de

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*, n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 62. No mesmo sentido: RE-AgR 364.304, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 06/11/2006. p. 45: “A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *‘the unconstitutional statute is not law at all’*, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição”.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16.

Lúcio Bittencourt, que descreve que a doutrina brasileira não conseguiu justificar a tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional, por falta, à época, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão, ou de um instituto semelhante ao *stare decisis* americano, que assegurava efeito vinculante às decisões da Suprema Corte²⁷.

De modo que, como não houve a “importação” do instituto completo do controle de constitucionalidade, no Brasil, a decisão declaratória de inconstitucionalidade tinha eficácia apenas entre as partes e, de modo que, era possível que a norma eivada de nulidade absoluta continuasse a ser aplicada em outros casos²⁸.

Para tentar solucionar este problema da teoria da nulidade da lei inconstitucional, a Constituição de 1934 conferiu competência ao Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, tal dispositivo, que se mantém no artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, não solucionou a falta de previsão legal sobre a matéria, já que atribuiu a um órgão político a retirada da lei inconstitucional do ordenamento jurídico. De modo que, a época, a única interpretação possível deste dispositivo, coerente com a teoria da nulidade da lei inconstitucional, é a de que o ato do Senado Federal destina-se, exclusivamente, a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal²⁹.

A falta de coerência na teoria da nulidade da lei inconstitucional veio a ser resolvida no controle abstrato por meio de um parecer do Ministro Moreira Alves, em resposta a consulta formulada pelo Senado Federal, onde se assentou que a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade é inerente à natureza do processo de controle abstrato³⁰. Ainda, o artigo 102, §2º, da Constituição Federal e a Lei n. 9.868/99 atribuíram expressamente eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas em controle abstrato. Em contrapartida, permanece a

²⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968. p. 140-1; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466-75; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 307.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 60-1.

²⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968. p. 145-6; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 471-2.

³⁰ Parecer do Min. Moreira Alves, de 11/11/1975, DJ, 16/05/1977, p.3123. Apud MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 477.

incoerência na teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional no controle incidental ou concreto, onde se exige a suspensão da lei inconstitucional pelo Senado Federal (artigo 52, X, da Constituição Federal) ³¹.

3.3. Atenuações à nulidade da Lei Inconstitucional

Numa análise da jurisprudência da Suprema Corte Americana é possível concluir ser esta uma precursora da teoria da nulidade da lei inconstitucional, já que esse entendimento passou a ser mitigado, como pode se ver no caso *Linkletter v Walker*³², de 1965, no qual se estabeleceu que a Constituição nem proíbe nem impõe o efeito retroativo, além de que a existência e a aplicação de uma lei anterior à declaração de inconstitucionalidade é um fato que produz conseqüências que não podem ser ignoradas nem apagadas por uma declaração judicial³³.

Mesmo diante do avanço do direito norte-americano em relação aos efeitos do controle de constitucionalidade, que foi sem dúvida o inspirador da doutrina da nulidade da lei inconstitucional, tendo passado a admitir a limitação de efeitos da inconstitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência brasileira continuaram sustentando a nulidade da lei inconstitucional com a desconstituição retroativa de todos os seus efeitos³⁴.

No entanto a aplicação irrestrita da tese da nulidade da lei inconstitucional com efeitos *ex tunc* em alguns casos que foram surgindo, poderiam trazer conseqüências nefastas e constituir um fator de incerteza e insegurança jurídica, violando outros interesses protegidos constitucionalmente³⁵.

Assim, a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade vem atenuar a declaração de inconstitucionalidade, adequando-a às situações da vida e a outros princípios constitucionais, além de atuar como mecanismo de garantia da Constituição, pois a impossibilidade de modulação dos efeitos poderia levar o

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 63.

³² 381 U.S. 618 (1965)

³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In: *Direito Público*. Porto Alegre, 2005. n. 8. pp. 154-5; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 61.

³⁴ Rp. 971, Relator Min. Djaci Falcão, RTJ n. 87, p. 758; RE 93.356, Relator Leitão de Abreu, RTJ n. 97, p. 1369; Rp. 1.016, Relator Min. Moreira Alves, RTJ n. 95, p. 993; Rp 1.077, Relator Min. Moreira Alves, RTJ n. 101, p. 503. Em sentido contrário, o voto vencido do Min. Leitão de Abreu no RE 79.343, RTJ n. 82, p. 795-6. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321-2.

³⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 673-4.

Tribunal Constitucional a não decidir pela inconstitucionalidade para evitar os gravames decorrentes da declaração³⁶.

Então, o Supremo Tribunal Federal, antes da Lei n. 9.868/99, começou a admitir a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por meio da utilização de técnicas alternativas de decisão, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de lei ainda constitucional.

Neste sentido, destacam-se os seguintes casos: 1) manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional³⁷; 2) no caso do aumento inconstitucional da remuneração dos magistrados, decidiu-se que os proventos percebidos antes da declaração de inconstitucionalidade não deveriam ser devolvidos³⁸; 3) admitiu-se que a lei que concede prazo em dobro à Defensoria Pública é constitucional até este órgão estar devidamente aparelhado e estruturado³⁹; e 4) considerou-se ainda constitucional o artigo 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover, se o Requerente for pobre, ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível⁴⁰.

3.3.1. Mitigação da teoria da nulidade no Brasil – Precedente

Como visto, mesmo antes da vigência da Lei 9.868/99, que previu, expressamente, a possibilidade de anulabilidade e não nulidade da lei inconstitucional, a teoria da nulidade vigente no controle de constitucionalidade das normas exercido no direito brasileiro já sofria mitigação no Supremo Tribunal Federal quando essa Excelsa Corte constatou que em certas situações concretas só seria possível desconsiderar alguns e não todos os efeitos da norma a ser declarada inconstitucional.

Pode-se observar no julgamento do RE 147.776-8/SP, em que se discutiu a legitimidade de atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo em proceder à ação de reparação de danos em favor da Fazenda Pública do respectivo

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 82.

³⁷ RE 78.533/SP, Relator Min. Firmino Paz, RTJ n. 100, p. 1.086, DJ 26/02/1982, p. 1.290.

³⁸ RE 122.202, Relator Min. Francisco Rezek, DJ 08/04/1994, p. 7.243.

³⁹ HC 70.514/RS, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 27/06/1997, p. 30.225.

⁴⁰ RE 147.776/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/06/1998, p. 9.

estado ^[06]. No voto condutor, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, da Excelsa Corte, fixou o seguinte entendimento, cujo excerto transcreve-se:

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramos-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada -, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem". (RE 147.776, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU. 19.06.1998).

No julgamento do RE 364.304-AgR, a Suprema Corte firmou o seguinte entendimento:

A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual 'the unconstitutional statute is not law at all', significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação 'ainda constitucional', deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o 'apelo ao legislador' e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e ipso jure a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se

admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade *tout court*? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões — e haveria outras igualmente relevantes — parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). (RE 364.304-AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-10-06, DJ de 6-11-06)

Ressalte-se ainda o julgamento do RE 79.628, em que o Supremo Tribunal Federal mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade da norma de investidura de pessoas em cargos públicos, reconheceu a eficácia e validade dos atos por eles praticados. Adotou, para tal decisão, a *"teoria do funcionário de fato"*, concebida no direito administrativo. Dessa forma, "buscou proteger as relações jurídicas dos administrados que de boa-fé envolveram-se em relações jurídicas que pressupunham a legitimidade dos atos praticados por tais funcionários ^[08]".

No HC 82.959/SP (DJU, 1º/09/2006), Rel. Ministro Marco Aurélio, o STF, modificando a jurisprudência assentada há muito tempo, declarou inconstitucional dispositivo que vedava a progressão prisional em casos de crimes hediondos, mas ressaltou inexistir direito à indenização por erro judiciário aos condenados que já tinham cumprido a pena sem o direito à progressão.

Por meio dos citados precedentes jurisprudenciais (e de inúmeros outros) foi possível ao Supremo Tribunal Federal relativizar os efeitos proferidos de suas decisões em sede de controle difuso e abstrato de constitucionalidade, cujos efeitos são, em regra, *ex tunc*.

Ao aplicar os efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, ou até mesmo utilizar-se dos métodos da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de

inconstitucionalidade sem redução de texto, foi possível à Excelsa Corte brasileira proceder à declaração de inconstitucionalidade de suas decisões observando os primados de segurança jurídica, boa-fé ou excepcional interesse social para suas decisões.

Traria um gravame social ou até mesmo grande insegurança jurídica, se o Supremo Tribunal Federal não procedesse à modulação dos efeitos de algumas de suas decisões, tendo em vista os efeitos fulminantes da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, objetivando gerar o mínimo gravame para as partes envolvidas ou para quem sua decisão iria irradiar seus efeitos.

3.4. Efeito do Controle Concentrado no Brasil – *ex tunc* e *ex nunc*

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

Em relação a essa nova possibilidade de fixação dos efeitos do controle de constitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência brasileira sustentavam a nulidade absoluta da lei inconstitucional e a necessidade de retroatividade dos efeitos da decisão para desconstituir todos os atos fundamentados na lei inconstitucional com base no postulado da supremacia da Constituição⁴¹.

De modo que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* ocorre, para garantir que a Constituição- norma suprema, seja a base legal que

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 317-8. Ainda, ADI 652-QO, Relator Min. Celso de Mello, DJ 02/04/1993. "Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito". Em sentido contrário, defendem que a lei inconstitucional é anulável: KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 308-9; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161-3.

fundamenta a validade das demais normas. De modo que deve a Constituição prevalecer incondicionalmente sobre as demais normas em caso de contradição ou desconformidade. A prevalência da Constituição sobre as demais normas ocorre desde a promulgação daquela e não apenas quando do reconhecimento da contradição⁴².

No entanto, como mencionado, o entendimento da nulidade de pleno direito com desconstituição retroativa da lei inconstitucional não tinha caráter absoluto no Brasil e já comportava exceções, antes mesmo do advento do artigo 27 da Lei 9.868/99.

Também é necessário mencionar que, antes da introdução do artigo 27 da Lei 9.868/99 no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já admitia exceções à nulidade com eficácia *ex tunc* da lei inconstitucional por meio da utilização de técnicas alternativas de decisão, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração de lei “ainda constitucional”.

Com efeito, a complexidade das relações jurídicas e das situações da vida torna necessário o temperamento da declaração de inconstitucionalidade para adequá-la a outros princípios de hierarquia constitucional. Ainda, a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade atua como mecanismo de garantia da Constituição, pois a impossibilidade de modulação dos efeitos poderia levar o Tribunal Constitucional a não decidir pela inconstitucionalidade para evitar os gravames decorrentes da declaração⁴³.

Ainda, é certo que a aplicação irrestrita da teoria da nulidade da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maiores do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas. Há, inclusive, situações onde a aplicação continuada da norma por grande lapso temporal torna quase impossível a declaração de sua nulidade absoluta⁴⁴, o que acarretaria a desconstituição de inúmeras relações jurídicas já sedimentadas, ocasionando a insegurança jurídica e violando outros princípios constitucionais.

Assim, em consonância com a evolução constatada no direito comparado, surge o artigo 27 da Lei 9.868/99, que introduziu o efeito *ex nunc* no controle

⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 272.

⁴³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 82.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 487.

abstrato e possibilitou que o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Contudo, a atribuição de efeito *ex nunc* à norma inconstitucional tem caráter excepcional⁴⁵, e pressupõe duas condições: uma formal, consubstanciada no fato de que a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a oito ministros; e outra material, que restringe os casos de limitação dos efeitos a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social⁴⁶.

O princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional⁴⁷, haja vista o poder, no controle de constitucionalidade difuso, de qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar a norma reputada inconstitucional ao caso concreto e o direito

Assim, com a atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, não se nega a hierarquia constitucional do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Pelo contrário, reconhece-se que este princípio não é absoluto e, assim, pode ser relativizado nos casos em que sua aplicação ocasionar gravames à própria ordem constitucional ou nos casos em que sua aplicação se mostrar inadequada⁴⁸.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa continua sendo a regra no ordenamento jurídico brasileiro. A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade só é admissível quando, por meio de uma

⁴⁵ ADI 2.996-ED, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/032007, p. 21. "Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn — admitida por ora a sua constitucionalidade — não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida." (ADI 2.996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-06, DJ de 16-3-07)

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. In: *Revista do Advogado*. n. 76. São Paulo: AASP, 2004. p. 65.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1200; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24. A doutrina portuguesa, em sua maioria, também atribui hierarquia constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 538.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 333.

ponderação concreta, os efeitos retroativos da declaração de nulidade sacrificarem de maneira excessiva a segurança jurídica ou outro interesse constitucional⁴⁹.

Atente-se que a ponderação exigida para a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ocorre entre princípios de hierarquia constitucional, quais sejam o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a idéia de excepcional interesse social⁵⁰.

Importante no processo de ponderação, necessário para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é o princípio da proporcionalidade, que condiciona a decisão do Tribunal Constitucional⁵¹.

O princípio da proporcionalidade, pelas vertentes adequação e necessidade, exige que a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade seja necessária e adequada para proteger a segurança jurídica ou outro princípio constitucional de excepcional interesse social. Já a proporcionalidade em sentido estrito impõe que o sacrifício da constitucionalidade da norma violada deve ser proporcional à proteção da segurança jurídica ou de outro interesse constitucional⁵².

3.5.1. Efeitos futuros

No caso do Tribunal Constitucional conceder eficácia futura à lei inconstitucional é bastante controversa. No Brasil, encontra-se positivada no artigo 27 da Lei 9.868/99, que estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e estabelecer que ela

⁴⁹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 716 e 720. Luís Roberto Barroso chega a dizer que o artigo 27 da Lei 9.868/99 trata da “formalização de um mecanismo de ponderação de valores”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187

⁵⁰ AI 631.533/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 18/04/2007, p. 47. “Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 288-9.

⁵² MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 702-4.

tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior que venha a ser fixado.

Alguns doutrinadores entendem que não é possível a norma declarada inconstitucional continuar produzindo efeitos após o reconhecimento da inconstitucionalidade. Regina Maria Nery Ferrari argumenta que, dada a hierarquia do ordenamento jurídico, é inaceitável que uma norma inferior, em incompatibilidade com a Constituição, continue a existir e produzir efeitos após o reconhecimento do vício⁵³.

Já Oswaldo Luiz Palu afirma que o “legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada inconstitucional – somente a Constituição poderia fazê-lo⁵⁴”. Jorge Miranda também é contrário à competência do Tribunal Constitucional diferir à lei inconstitucional a produção de efeitos futuros, pois violaria o princípio da constitucionalidade⁵⁵.

A favor da possibilidade do Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade com eficácia a partir de um momento futuro, Gilmar Mendes argumenta que tal competência “não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional⁵⁶”. No mesmo sentido, Rui Medeiros entende cabível a atribuição de eficácia futura à lei inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, vez que limitação de efeitos *in futuro* decorre da própria aplicação do texto constitucional para preservação de outros interesses de cunho constitucionais e, então, a adoção desta técnica de decisão não afeta a supremacia da Constituição.

3.5.2. Eficácia *ex nunc* no controle difuso

Quanto a utilização da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema de controle concreto, inicialmente é relevante destacar o entendimento jurisprudencial do modelo norte-americano, sistema de controle de constitucionalidade notadamente difuso, viu-se que no direito norte-

⁵³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163.

⁵⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001. p. 186-7.

⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 290.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 497.

americano, a jurisprudência recente admite a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, principalmente nos casos de alteração jurisprudencial.

De forma que em certas situações a nova regra só terá eficácia futura (*prospective overruling*). Em outros casos, a nova regra aplica-se ainda aos processos pendentes (*limited prospectivity*) e, por fim, há casos onde a eficácia retroativa é excluída de maneira absoluta (*pure prospectivity*). As *prospectivities* surgiram em decorrência da alteração jurisprudencial dos precedentes e permitem que a Corte Suprema restrinja os efeitos da inconstitucionalidade no caso concreto⁵⁷.

O exemplo do direito norte-americano vem corroborar que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade não é incompatível com o controle difuso de constitucionalidade. De fato, é possível a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* no controle difuso, pois tal técnica de decisão, além de ser inerente ao próprio controle de constitucionalidade, está fundamentada na própria ordem constitucional⁵⁸, e impede o sacrifício excessivo da segurança jurídica ou de outro princípio constitucional ao permitir a atenuação da nulidade absoluta com a desconstituição retroativa dos efeitos da lei inconstitucional.

Ainda, há de se mencionar que a declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade afeta os processos submetidos ao controle concreto ou difuso. Assim, poderá o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, ressaltando os casos já decididos ou casos pendentes até certo momento, ao passo que a declaração de inconstitucionalidade *ex nunc* sem ressalvas afeta todos os processos pendentes de julgamento nas demais instâncias⁵⁹.

Também é necessário dizer que o Supremo Tribunal Federal, na apreciação de recurso extraordinário, poderá declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados. Além disso, caso seja declarada a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* no controle concentrado, os casos concretos ainda não transitados em julgado

⁵⁷ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 743; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207-9.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1207-8. No direito português prevalece a mesma orientação. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 748.

devem ter a mesma limitação dos efeitos se submetidos ao Supremo Tribunal Federal⁶⁰. Por fim, registra-se que o Supremo Tribunal Federal já vem aplicando a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, inclusive com a atribuição de efeitos futuros à lei inconstitucional⁶¹.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1208-9.

⁶¹ RE 197.917/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004, p.8; RE 442.683, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/2006, p. 55; Pet 2859-MC, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 16/04/2004, p. 91.

4. CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado, é possível concluir que os fundamentos que deram ensejo à instituição de um sistema de controle de constitucionalidade, são a necessidade de proteção do texto constitucional, além da garantia da segurança jurídica, que surge com o escopo de resguardar a norma na qual se estrutura o Estado Democrático de Direito.

Dentro deste contexto, o sistema de controle da constitucionalidade das leis tem como função primordial a manutenção do ordenamento jurídico, a fim de garantir-lhe autonomia e segurança.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi instituído apenas no período republicano, com o advento da Constituição de 1891. A modalidade de controle adotada foi a difusa, inspirada no modelo do judicial *review* norte americano, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre a discussão atinente à constitucionalidade das leis e dos atos federais ou estaduais.

O modelo concentrado foi introduzido no Brasil de maneira modesta com a promulgação da Carta de 1934, mas ganhou força com a Constituição de 1946. O sistema brasileiro passou a vigorar com a modalidade difusa e concentrada, simultaneamente e bem definidas, a partir de 1965.

Desde então, tem-se um sistema de controle de constitucionalidade misto ou híbrido, permitindo que o controle da Constituição seja realizado por todos os magistrados brasileiros, desde o juiz de primeiro grau ao Ministro do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de um controle eminentemente jurisdicional.

Em análise mais profunda no capítulo três, foi possível concluir que, no Brasil, a regra ainda é atribuir nulidade absoluta à lei inconstitucional, com a conseqüente desconstituição de todos os efeitos produzidos por ela. Porém, conforme o artigo 27 da Lei 9.868/99, excepcionalmente, poderá o Supremo Tribunal Federal limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que por razões de segurança jurídica ou para proteção de outro direito constitucional.

Assim, a nulidade da lei inconstitucional poderá ser mitigada e a declaração de inconstitucionalidade terá eficácia a partir da sua publicação ou a partir de uma data futura fixada na decisão.

De fato, a dualidade entre constitucionalidade e inconstitucionalidade absoluta, com eficácia *ex tunc*, não é adequada para resolver a complexidade das relações jurídicas e das situações da vida. A aplicação irrestrita da teoria da nulidade

da lei inconstitucional pode gerar grandes gravames, em alguns casos até maiores do que a manutenção da aplicação da norma inconstitucional às situações pretéritas.

Ainda, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* é inapta para solucionar casos de ofensa ao princípio da isonomia, de inconstitucionalidade por omissão parcial e da lei ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade. Dessa forma, impõe-se a adoção de uma solução conciliadora entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e outros princípios de hierarquia constitucional, como o princípio da segurança jurídica.

É preciso ressaltar ainda que há a possibilidade de uma solução conciliadora entre a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* e a constitucionalidade, que funciona efetivamente como um mecanismo de garantia da Constituição, já que a impossibilidade de temperar os efeitos da decisão poderia levar o Tribunal Constitucional a não declarar a inconstitucionalidade para evitar as conseqüências negativas da decisão.

Desse modo, o artigo 27 da Lei 9.868/99 permite o uso do efeito *ex nunc* no ordenamento jurídico brasileiro e condiciona a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal à aprovação por maioria de dois terços, o que equivale a oito Ministros, sendo certo que, o fato de que a modulação dos efeitos deve ser utilizada somente para salvaguardar a segurança jurídica ou outro direito constitucional, e não por razões políticas.

Assim, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida de caráter excepcional, devendo ser admitida somente quando, por meio de uma ponderação concreta, os efeitos retroativos da declaração de nulidade sacrificarem de maneira excessiva a segurança jurídica ou outro interesse constitucional.

Conclui-se, por fim, que é possível atribuir efeitos futuros e temporários à lei inconstitucional e que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é aplicável no controle difuso, pois tal técnica decorre da aplicação sistemática da Constituição e é inerente ao próprio controle de constitucionalidade. É a própria ordem constitucional que fundamenta a concessão de efeitos futuros e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso para impedir o sacrifício excessivo de um princípio ou direito constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In: Direito Público. Porto Alegre. n. 8, 2005

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

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

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

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

MARTINS. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira.(2005. Jurisdição Constitucional. 5 ed. São Paulo: Saraiva).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle concentrado de constitucionalidade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno. Direito constitucional contemporâneo - estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Vade Mecum SARAIVA. 7ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DE SÁ, Elisabeth Schneider (coord.). Manual de Normalização de Trabalhos Técnicos, Científicos e Culturais. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia Científica. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional Positivo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARACHO, Hertha Urquiza. Teoria da Constituição. Revista Prima Facie, João Pessoa, ano 2, n. 3, julho-dezembro/2003, p. 16-17/29. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em 03.09.11.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
CAPELETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CATTONI, Marcelo (coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Constituição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRIEDE, Reis. Curso Analítico de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. Controle de Constitucionalidade à luz da Jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Leonardo Castanho. Recurso Especial: e o controle difuso de constitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil: volume V. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: CATTONI, Marcelo (coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PALU, Oswaldo Luis. Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal. São Paulo: 1992.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: por uma nova crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.