

Robinson Carlos Menzote

Universidade Gama Filho

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
Direito Constitucional Aplicado

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Ribeirão Preto - SP

2009

Robinson Carlos Menzote

Universidade Gama Filho

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
Direito Constitucional Aplicado

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Universidade Gama Filho como
requisito parcial para obtenção do título de especialista em
Direito Constitucional Aplicado

Professor Orientador: Igor Ascarelli

Ribeirão Preto - SP

2009

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

Robinson Carlos Menzote

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apta para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional Aplicado.

Professor Orientador: Igor Ascarelli

Banca Examinadora:

Ribeirão Preto - SP

2009

RESUMO

MENZOTE, Robinson Carlos. **Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 2009. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional Aplicado. Universidade Gama Filho, Ribeirão Preto/SP.

A presente monografia tem como tema a Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Foi abordado neste trabalho a importância da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF quando do pronunciamento de procedência das ações diretas de inconstitucionalidades de leis ou atos normativos federais. Foram analisadas, também, as implicações da não aplicação desta modulação frente ao princípio da segurança jurídica. Para tanto, foram analisadas as repercussões na sociedade das diversas decisões do STF proferidas em ações diretas de inconstitucionalidades nas quais foram declaradas inconstitucionais leis e atos normativos federais e que não foram aplicadas a modulação dos efeitos destas decisões. Por fim, buscou-se esclarecer a importância da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para a garantia da segurança jurídica de uma sociedade, notadamente, nos casos em que foram consolidadas situações jurídicas pretéritas muitas vezes irreversíveis.

Palavras-chave: Modulação, Efeitos, Declaração, Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
1.1. Apresentação do tema.....	5
1.2. Objeto de pesquisa.....	5
1.3. Objetivos da escolha do tema.....	5
2. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.....	6
2.1. Conceito.....	6
2.2. Classificação Constitucional.....	6
2.3. Aspectos sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	9
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	10
3.1. Conceito e origem.....	10
3.2. Classificação.....	11
4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	13
4.1. Dispositivos legais.....	13
4.2. Requisitos.....	13
4.3. Aplicação.....	15
4.3.1. Aplicação da modulação nas decisões do STF e o princípio da nulidade das leis inconstitucionais.....	16
5. CONCLUSÃO.....	20
6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	21

1. INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação do tema

Ponto culminante do exercício da atividade jurisdicional atribuída ao Poder Judiciário é a sentença judicial. E uma das discussões que se estabelece no meio jurídico se concentra nos efeitos e no alcance dessa decisão para os jurisdicionados. Assim é o debate em torno da eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em controle de constitucionalidade do ponto de vista, por exemplo, de seus destinatários. Nesse caso, a discussão gira em torno do caráter *erga omnes* ou *inter partes* da decisão que julga inconstitucional determinado ato normativo. A questão da eficácia das decisões em controle de constitucionalidade não se esgota, contudo, no debate sobre seus destinatários. Os efeitos dos julgados do STF também podem ser estudados com foco em sua dimensão temporal, ou seja, com relação ao período de abrangência.

1.2. Objeto de pesquisa

O objeto de pesquisa desta monografia é o estudo sobre as implicações no mundo jurídico da ausência de aplicação da modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, emanadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, nos casos de situações jurídicas já consolidadas e muitas vezes irreversíveis.

1.3. Objetivos da escolha do tema

É possível dizer que a escolha da modulação de efeitos das decisões constitucionais como objeto de estudo tem como razão fundamental o fato da Lei n.º 9.868/99, também conhecida como Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ser freqüentemente apontada por especialistas como marco legal que inaugurou um ciclo de mudanças no Supremo Tribunal Federal ao conferir a esta Corte a possibilidade de determinar a eficácia de uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional, isto porque, quanto à natureza da declaração de

inconstitucionalidade da norma, a Corte Suprema em sentido majoritário, sempre adotou a doutrina clássica inaugurada por Marshall, para a qual o ato divergente à constituição é natimorto, como se jamais tivesse existido, e a decisão judicial, tão somente, declara esta condição, fazendo valer o princípio da supremacia da Carta maior.

2. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

2.1. Conceito

A constituição contém determinações de organização jurídica fundamental de um Estado. As normas constitucionais vigoram como supralegais, uma vez que têm eficácia sobre as demais. A estrutura constitucional é escalonada e as normas legais e infralegais devem estar compatíveis com a ordem constitucional.

Assim, o conceito constitucional pode ter os seguintes aspectos: a) sociológico, quando a constituição é o resultado da soma de fatores concretos de poder; b) político, quando a constituição é o resultado da soma de decisões políticas; e c) jurídico, quando a constituição é o resultado da soma de normas, podendo ter o sentido lógico-jurídico de norma fundamental hipotética ou sentido jurídico-positivo de norma fundamental escrita.

2.2. Classificação Constitucional

A constituição pode ser classificada sob vários pontos de vista.

Em relação ao conteúdo, a constituição pode ser:

- material, que é um conjunto de normas de organização estatal;
- formal, que é um conjunto de normas inseridas no texto constitucional.

Atinente à forma, a constituição pode ser:

- não-escrita ou consuetudinária, em que é um conjunto de normas esparsas;
- escrita, em que é um conjunto de normas codificadas.

No que diz respeito à extensão ou modelo, a constituição pode ser:

- sintética, em que o conjunto de normas é conciso;
- analítica, em que o conjunto de normas é extenso.

Relativamente à elaboração, a constituição pode ser:

- dogmática, em que o conjunto de normas de ideais políticos é aceite socialmente;
- histórica, em que o conjunto de normas não escritas é resultante de formação histórica.

No tocante à ideologia, a constituição pode ser:

- eclética ou pluralista, em que o conjunto de normas não tem linha política definida;
- ortodoxa ou simples, em que o conjunto de normas tem linha política definida.

Concernente à origem ou processo de positivação, a constituição pode ser:

- promulgada, em que o processo de positivação do conjunto de normas é a votação;
- outorgada, em que o processo de positivação do conjunto de normas é imposto;
- cesarista ou bonapartista, em que processo de positivação do conjunto de normas é imposto, mas passa por votação encenada;
- dualista ou pactuada, em que o processo de positivação do conjunto de normas é decorrente de um acordo.

Pertinente à estabilidade ou alterabilidade, a constituição pode ser:

- rígida, em que o conjunto de normas para ser modificado necessita de um processo especial;
- flexível, em que o conjunto de normas para ser modificado necessita de um

processo normal;

- semi-rígida, em que o conjunto de normas para ser modificado necessita de um processo parte rígido e parte flexível.

Relativo à função, a constituição pode ser:

- garantia, que tem um conjunto de normas que enuncia direitos fundamentais e limitações do poder estatal;

- balanço, que tem um conjunto de normas próprias para cada fase das conquistas sociais;

- dirigente, que tem um conjunto de normas que organizam o poder estatal e instituem programas vinculantes de atuação estatal.

As normas constitucionais podem ser:

- materialmente constitucionais, que são aquelas que tratam da organização do Estado e estão relacionadas com o poder estatal;

- formalmente constitucionais, que são aquelas que constam no texto constitucional e que, embora tenham sido formadas por um processo rígido, podem ser ou não materialmente constitucionais.

Pelo instituto da recepção, o ordenamento jurídico anterior é preservado no que for materialmente compatível com a nova ordem jurídica.

Pela desconstitucionalização, há a possibilidade de recepção como lei ordinária pela nova ordem constitucional das normas constitucionais anteriores.

2.3. Aspectos sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição Federal promulgada em 1988 tem forma escrita, tem extensão analítica, sua elaboração é dogmática, sua ideologia é eclética ou pluralista, tem origem promulgada, tem estabilidade rígida, e a sua função é dirigente. No seu conteúdo podem ser encontradas em normas materialmente e formalmente constitucionais.

Ela tem disposições permanentes e disposições transitórias, sendo que sua estrutura normativa tem os seguintes elementos:

- limitativo que identifica os direitos e garantias fundamentais;
- orgânico que indica os aspectos organizacionais do Estado;
- estabilização que demonstra os princípios fundamentais;
- ideológico que evidencia a ordem econômica e social;
- formal que contém o preâmbulo e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADCT.

O seu preâmbulo enuncia princípios que representam a ideologia constitucional. Tem neutralidade em matéria de crença religiosa e por esta razão o Brasil sendo um Estado laico ou leigo não pode adotar nenhuma religião específica. Contudo, é teísta uma vez que acredita em no ser supremo %Deus+. A sua natureza jurídica é de uma carta de intenções e pode servir de orientação para elaboração, interpretação e integração das normas constitucionais.

O seu ADCT é composto pelas disposições transitórias que possuem a mesma rigidez e eficácia das disposições permanentes e somente podem ser alteradas por emendas constitucionais. Tem a finalidade de regulamentar a transição para a nova ordem jurídica, bem como normatizar temporariamente matéria infraconstitucional.

Em conformidade com o entendimento majoritário, no Brasil as normas incompatíveis ficam tacitamente revogadas, já que não existe inconstitucionalidade superveniente e o fenômeno jurídico da desconstitucionalização não tem aplicação no Brasil.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1. Conceito e origem

Na lição do professor Jorge Miranda, a constitucionalidade se estabelece mediante relação de conformidade normativa, ou seja, a norma está compatível ou não com a carta constitucional e, em não o estando, tem-se como resultado a sanção. Ante isso, não importa, para este autor, sequer a existência de razoabilidade entre a norma e a realidade fática, bastando sua desconformidade frente à constituição.

Esta tônica é comum à doutrina - a divergência entre o conteúdo da norma e a constituição - ao ressaltar, por óbvio, a necessidade da sanção decorrente do decreto de inconstitucionalidade. Enquanto no nível infra-constitucional aplicam-se as regras interpretativas que levam em conta a especialidade ou a temporalidade, as relações destas e a constituição se resolvem por sua contrariedade normativa, seja de caráter material, seja formal, determinando sua nulidade e imediata retirada do ordenamento jurídico.

Na origem, o controle de constitucionalidade judicial, nasceu do precedente ocorrido em *Marbury v. Madison*. Na ocasião, assentou John Marshall, juiz da Suprema Corte dos EUA, que o artigo III da constituição americana conferia competência ao Poder Judiciário para julgar todos os casos de aplicação da lei e da equidade, inclusive, os diretamente vinculados à interpretação da própria constituição. Sustentou não ser dado aos tribunais ali relacionados [na constituição americana], fecharem seus olhos à constituição e verem somente a lei.

No Brasil, o controle judicial nasceu com a carta republicana de 1889, a partir dos Decretos nºs 510, de 22/06/1890 e 848, de 11/10/1890, por evidente cópia da constituição da Filadélfia, possuindo hoje feições próprias, incorporando o controle concentrado típico aos sistemas europeus, notadamente o suíço e o alemão, onde se atribui tal função a um único órgão do poder judiciário, geralmente um tribunal superior ou corte constitucional, e o sistema difuso, peculiar ao americano, o qual assegura a qualquer órgão (singular ou colegiado) a pronúncia a respeito da adequação da norma inferior à carta magna.

A fusão de métodos judiciais de controle, ao permitir tanto o pronunciamento de quaisquer dos juízes e tribunais ordinários, quanto do Supremo Tribunal de, ao nosso sistema judicial, feição assemelhada ao português. É de se ressaltar que

importantes doutrinadores apontam tendências à convergência dos dois sistemas, v.g., o sistema suíço passou a admitir provocações individuais (recursos) que chegassem aos tribunais superiores e destes à Corte Constitucional. E de outro lado, o sistema americano, em função do *amicus curiae*, ao buscar em elementos fora dos autos, subsídios para o exame da questão e o efeito vinculante ligado ao precedente dão cada vez mais relevo a atuação do controle concentrado nos E.U.A.

3.2. Classificação

Tradicionalmente, a doutrina classifica a declaração de inconstitucionalidade segundo o modo processual de invocá-la (incidental ou principal). **Incidental** se argüida a inconstitucionalidade como prejudicial de mérito ou pela via da exceção, e **principal**, se examinada e decidida abstratamente, em processo que tenha por objeto apenas a compatibilidade da norma à carta constitucional. E também segundo o momento da invocação (preventivo ou repressivo). **Preventivo** aquele efetuado ainda no momento de produção da norma, nas casas legislativas, sendo, no controle judicial, exceção à regra pelo qual, a atuação do órgão julgador verifica-se após a promulgação da lei ou de sua entrada em vigor, caso específico do controle **repressivo**.

Quando, no controle difuso, declara-se incidentalmente a inconstitucionalidade, os efeitos, embora limitados às partes no processo, possuem em regra, total amplitude quanto ao elemento temporal, isto é, a contrariedade do comando legal provoca a destituição da eficácia normativa desde a edição da norma, ou pelo menos, desde que tenha produzido efeitos concretos face ao autor da demanda. Havendo intervenção do Senado Federal, os efeitos da decisão **inter parts** são ampliados à eficácia **erga omnes**, sendo entretanto, de se ressaltar, somente a partir da publicação do decreto legislativo pela Câmara Alta.

Diversa é a situação no controle concentrado, em que os efeitos podem também nulificar a norma desde sua edição, com uma nota peculiar - por não dizerem respeito propriamente a partes em lide, possuem natureza **erga omnes** imediata, independendo a colenda Corte Suprema de ato legislativo emanado pelo Senado Federal para lhe retirar do ordenamento jurídico.

Quanto à natureza da declaração de inconstitucionalidade da norma, a Corte Suprema em sentido majoritário, sempre adotou a doutrina clássica inaugurada por Marshall, para a qual o ato divergente à constituição é natimorto, como se jamais tivesse existido, e a decisão judicial, tão somente, declara esta condição, fazendo valer sem exceção, o princípio da supremacia da Carta maior. Convém lembrar que o texto constitucional, não especificou e nem seria necessário, o caráter retroativo da nulidade, tal decorrendo antes, da própria idéia da supremacia constitucional.

4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.1. Dispositivos legais

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade está prevista nos artigos 27 da Lei nº 9.868 e 11 da Lei nº 9.882, ambas de 1999.

Dispõem os referidos dispositivos que ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal poderá, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (efeito *ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado.

Trata-se da possibilidade de o tribunal limitar a produção dos efeitos de uma decisão com relação a seu aspecto temporal, determinando que possua eficácia tão-somente para o futuro ou a partir de certo marco temporal (seja no passado, ou no presente).

4.2. Requisitos

Além das exigências quanto ao quórum mínimo e ao órgão legitimado para modular a decisão, a lei também estabelece os requisitos materiais para que a corte opte

pela mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que, a princípio, seriam retroativos à existência de um **relevante interesse social** ou que a decisão represente um sério risco para a **segurança jurídica** das relações constituídas sob a égide da lei ou ato normativo viciado.

Alexandre de Moraes enxerga na medida legislativa o cumprimento, para sua ocorrência, de dois requisitos, um formal, uma decisão por maioria de dois terços dos membros da Suprema Corte, e outro material, a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Sobre o requisito formal, é certo que está presente um aspecto do princípio da reserva de plenário, tal assim, como inscrito no artigo 97, da Carta Federal. Para este renomado constitucionalista, tal princípio "(...) atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público".

Quanto à segurança jurídica, José Afonso da Silva, diz que está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que, as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. E a permanência de tais efeitos, sustenta Judith Martins-Costa "...sinaliza que não existirão modificações imprevisíveis a afetar a confiança das pessoas quanto aos atos do Poder Público", constatando, do exame de sucessivos julgados proferido pela egrégia Corte Suprema, que os mesmos refletem "...uma tradução jurídica do fenômeno físico da imobilidade, marcando o que, nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados, deve permanecer estático, imóvel como uma estátua", certo que não se é necessário chegar ao imobilismo jurídico como reflexo de idêntico fenômeno no campo social.

No que pertine ao excepcional interesse social, a doutrina vem entendendo como aquela comoção social capaz levar temor à sociedade, quanto à eficácia e confiabilidade no ordenamento jurídico, que pode advir, *v.g.*, da anulação de norma sobre a qual os particulares e a Administração Pública em muito confiaram seus negócios.

É fato que, se observada toda a Constituição, não se terá em qualquer das alíneas, incisos, parágrafos ou artigos, uma única linha dedicada à segurança jurídica ou o excepcional interesse social, enquanto princípios diretamente estabelecidos pelo legislador constituinte, vindo daí, em larga medida, os argumentos dos que acoimam de inconstitucional os dispositivos examinados. Mas podemos percebê-los implicitamente no princípio da razoabilidade e pelos indícios, v.g., nas disposições sobre o direito adquirido, a coisa julgada e o devido processo legal, indispensáveis à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Em essência, se cabe ao Supremo a mediação dos valores e princípios agregados na Constituição, como reflexo das atribuições de "guarda da constituição" - competência expressamente conferida no seu artigo 102 -, na fixação dos efeitos da inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, tal decorre do *múnus* público em que está investido, qual seja, a própria função jurisdicional.

Aliás, discorrendo sobre o tema, Teori Albino Zavascki sustenta que, no exercício de típica função jurisdicional, a par de manter-se em uma situação potencialmente ilegítima, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal a opção por valorar quando em conflito, dentre vários bens jurídicos relevantes, aquele que deve prevalecer, por esta razão, mesmo o direito à vida pode, em situações excepcionais ser posto de lado, tal como a aplicação da pena de morte ao inimigo do Estado em caso de guerra externa.

Com idênticas razões defende Paulo Gustavo Gonet Branco, ao afirmar que a atuação da Corte neste caso, não está dissociada da função precípua, típica ao poder concedido aos juízes, de julgar segundo a lei e a Constituição, pondo em equilíbrio os princípios fundamentais, para dirimir os conflitos de interesses. Em adendo, lembre-se que ao Poder Judiciário, especificamente representado pela Corte Maior, cabe a interpretação, em abstrato, o exame de atos praticados pelos outros poderes (funções, a preferir) do Estado frente aos princípios e normas constitucionais.

4.3. Aplicação

Apesar de posições divergentes, a aplicação da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não representa ofensa ao princípio da supremacia da constituição, que normalmente possui efeito **ex tunc** da declaração de nulidade da norma inconstitucional, tendo em vista que deverá ser aplicada apenas nos casos em que se pretenda resguardar a segurança jurídica ou defender excepcional interesse social.

4.3.1. Aplicação da modulação nas das decisões do STF e o princípio da nulidade das leis inconstitucionais

Conforme já foi afirmado anteriormente, o tema da eficácia temporal das decisões em controle de constitucionalidade remonta a uma antiga discussão acerca de que efeitos . *ex tunc* ou *ex nunc* . deveriam lhes ser atribuídos.

Historicamente, o modelo que proclama a nulidade descende do constitucionalismo americano, desde o século XIX. Segundo essa visão, a idéia de lei inconstitucional seria uma verdadeira contradição em termos, já que uma lei inconstitucional não é lei em sentido algum.

A regra, portanto, é a produção de efeitos *ex tunc*, ou seja, que retroagem até o momento em que o ato ingressou no ordenamento jurídico. Por isso, a decisão possui natureza declaratória, uma vez que simplesmente se limita a confirmar algo prévio, quer dizer, uma dada realidade que lhe é pré-existente.

A lógica que subjaz a esse raciocínio é a de que a lei inconstitucional possui um vício insanável, uma pecha que a impede de produzir efeitos a qualquer tempo.

O resultado almejado é como se ela nunca tivesse existido, de modo que os atos praticados sob sua égide igualmente careceriam de legitimidade.

Assim, o juízo de inconstitucionalidade importaria também a nulidade de todos esses atos que tiveram fundamento na lei (ou não-lei) viciada.

Por outro lado, atribui-se a Hans Kelsen a concepção do modelo concentrado de

fiscalização de constitucionalidade das leis, cujas decisões possuiriam caráter constitutivo-negativo.

Nesse sentido, a lei inconstitucional seria meramente anulável, ou seja, não se nega que ela tenha produzido efeitos no período em que esteve em vigência, até o momento em que é julgada incompatível com a constituição.

Sob essa ótica, a decisão possui efeito *ex nunc*, uma vez que a premissa não é a da nulidade *ipso iure* do ato, mas, sim, a da anulabilidade posterior à sua edição. Isso significa que a decisão produziria efeitos somente a partir dela própria, não abrangendo situações anteriores a ela.

Uma das justificativas normalmente apresentadas por aqueles que comungam desse entendimento é a de que a lei editada regularmente gozaria de presunção de constitucionalidade.

Dessa forma, sua aplicação continuada haveria de produzir efeitos que não poderiam ser ignorados.

A idéia por traz é a do respeito à garantia da segurança jurídica e da proteção do princípio da boa-fé, sendo, portanto, perfeitamente legítimas as relações jurídicas constituídas com base nela.

Na Constituição Federal de 1988 não há qualquer menção à eficácia temporal atribuída às decisões do Supremo em controle de constitucionalidade.

Entretanto, a corte reconheceu, em diversas oportunidades, que sua posição sempre tendeu, tradicionalmente, para a adoção do princípio da nulidade.

Categórica é a afirmação do Min. Sydney Sanches no sentido de que seria pacífico na jurisprudência que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tem sempre eficácia *ex tunc* pois nasceu com o vício maior de invalidade.

A despeito do silêncio da constituição sobre o tema, os ministros procuram enfrentar

o problema atinente à elaboração de uma fundamentação para esse entendimento, acreditando tratar-se da posição mais condizente com os preceitos da Constituição Federal.

Isso porque o princípio da supremacia da constituição não poderia admitir a validade (ainda que temporária) de uma lei inconstitucional. Em outras palavras, o reconhecimento de qualquer valor ao ato declarado inconstitucional importaria inaceitável suspensão provisória ou parcial da constituição, bem como frustraria os interesses daqueles que se vissem prejudicados pela edição da lei viciada.

Nos dizeres do Min. Moreira Alves, tratar-se-ia de uma ruptura da ordem que foi imposta pela Carta Magna.

Apesar dessa tendência, houve momentos em que a corte confrontou-se com a posição divergente. Ilustrativo é o conhecido exemplo do Min. Leitão de Abreu, que proferiu voto no RE 79.343/BA no sentido de tentar, com base na teoria kelseniana, abandonar o princípio da nulidade em favor do da anulabilidade.

A defesa empreendida pelo ministro problematizava até que ponto a retroatividade da decisão poderia atingir um ato, prejudicando o agente que o teve por legítimo, e que por ele pautou sua atuação.

Esse debate é retomado em diversos momentos pelos ministros que compõem . e que compuseram, no período mais recente . o Supremo Tribunal Federal, ao tratarem especificamente da modulação de efeitos. Eles terminam por concluir que, historicamente, o tribunal sempre considerou a nulidade da lei viciada como um princípio de caráter constitucional. Nas palavras do ministro Carlos Britto, o vício da inconstitucionalidade traduz-se, como regra geral, na necessidade de extirpar do Ordenamento Jurídico o ato inválido, de sorte a preservar a coerência de tal Ordenamento e garantir a hierarquia e a rigidez da Constituição Federal.

Mesmo diante da inexistência de previsão constitucional nesse sentido, os ministros se arriscam a justificar a adoção dessa posição em vista de alguns princípios de índole constitucional: dentre eles, a preservação da coerência interna do

ordenamento jurídico, e a idéia de supremacia e rigidez da constituição, bem como o princípio do Estado Democrático de Direito.

Além disso, acreditam haver indicações na legislação infraconstitucional de que o princípio da nulidade é postulado básico do sistema. Citam, por exemplo, o artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil, que elenca a declaração de nulidade como um dos fundamentos para se propor ação rescisória.

No entanto, não podem ser ignorados os efeitos de se interpretar a constituição por meio da legislação infraconstitucional, sob pena de contrariar a própria idéia de rigidez desta.

Portanto, em face dessas considerações, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal adota a tese de que, via de regra, as normas inconstitucionais, ao serem declaradas como tal, são excluídas da ordem jurídica com efeitos retroativos. Na prática, seria como se esse ato normativo nunca houvesse existido para fins de direito.

Trata-se, na visão de alguns, de entendimento que gozaria de um tipo de aceitação geral por parte dos membros da corte, ao longo de sua história.

5. CONCLUSÃO

Ao vigorar norma declarada inconstitucional, mesmo eivada deste vício, ela acaba por gerar expectativas de direito ou até mesmo consolidam situações jurídicas muitas vezes irreversíveis, revestidas que são, em princípio, da presunção de legalidade.

A constituição confere estabilidade e segurança jurídica à sociedade e ao Estado, mas sua posição de supremacia frente às leis e demais atos normativos exige cuidadoso e ponderado controle quanto a adequação destes a àquela.

Isto porque, a tradicional doutrina da nulidade *ab initio* da norma inconstitucional, adotada no Brasil, é tendente a ser causa de intensa agitação social, verificável no caso concreto, frente as expectativas de direito oriundas da percepção, pela sociedade, do grau de confiança e estabilidade no ordenamento jurídico.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao serem fixados em tempo presente ou futuro, dão a esta declaração um caráter constitutivo-negativo, e possui aptidão para preservar a confiança no ordenamento, resguardando a aqueles que, de boa-fé, sustentaram seus atos jurídicos em tais normas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Efeitos da inconstitucionalidade da Lei**. in Revista de Direito Público, nº 8, abril/junho, 2005, p. 156/157.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Observações sobre o controle de constitucionalidade das leis no Brasil**, in Revista de Informação Legislativa, nº 140, out/dez 1998, p. 268/270.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança, in Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos (a segurança como crédito de confiança). Coodenação do Prof. Humberto B. Ávila. **Revista CEJ**, Brasília, nº 27, p. 110-120, out/dez 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Í A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos**, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 9 (1994), 75-84, Jurisdição constitucional. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Sinopses Jurídicas. Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Sinopses Jurídicas. Da Organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel, **Í Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis - o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses**, RDA 212 (1998), 27-40.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Editora RT, 2001.